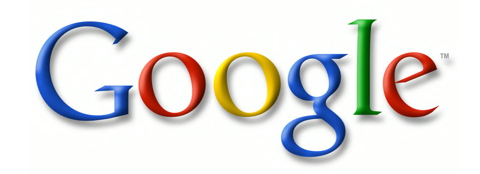
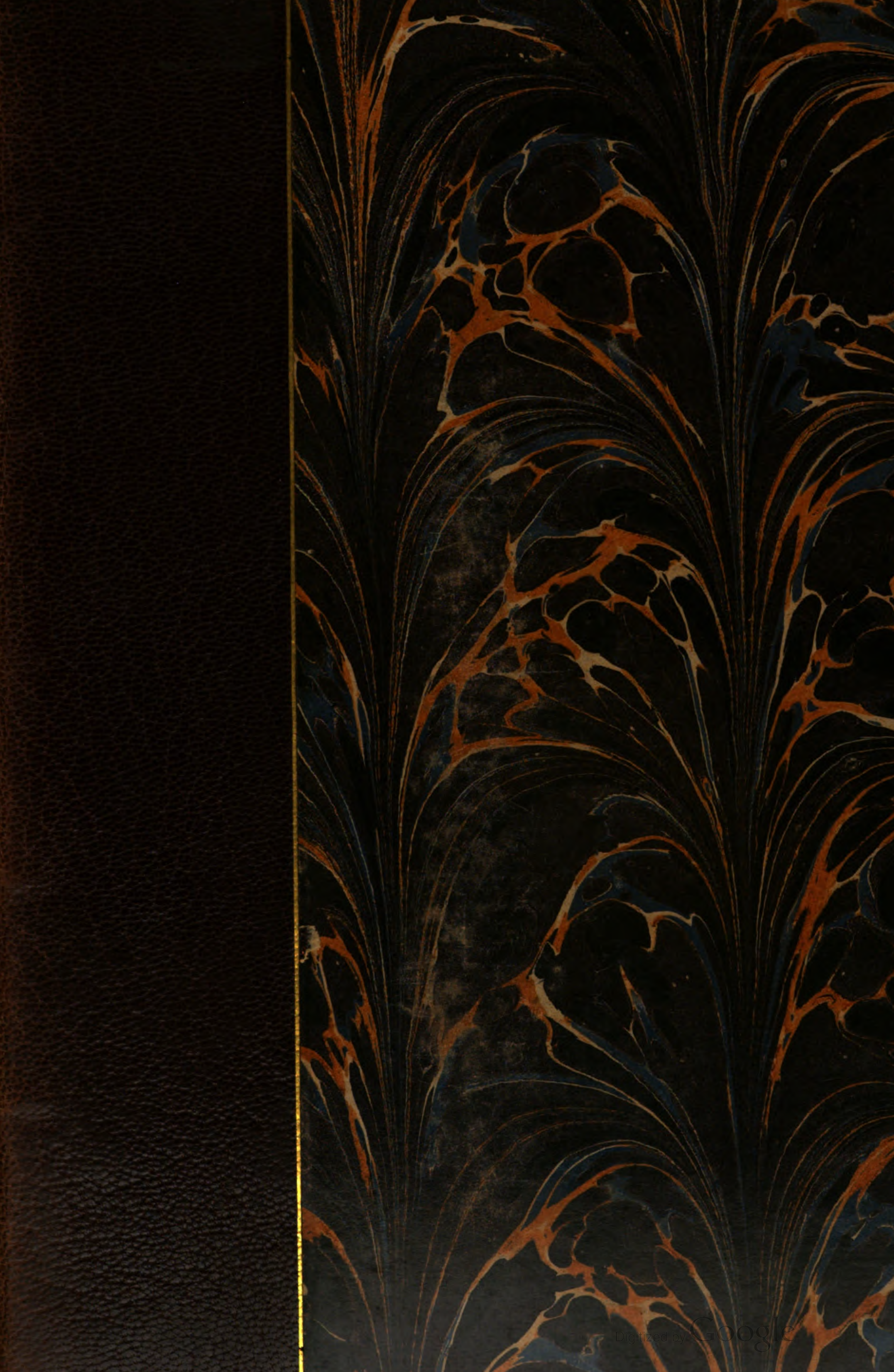
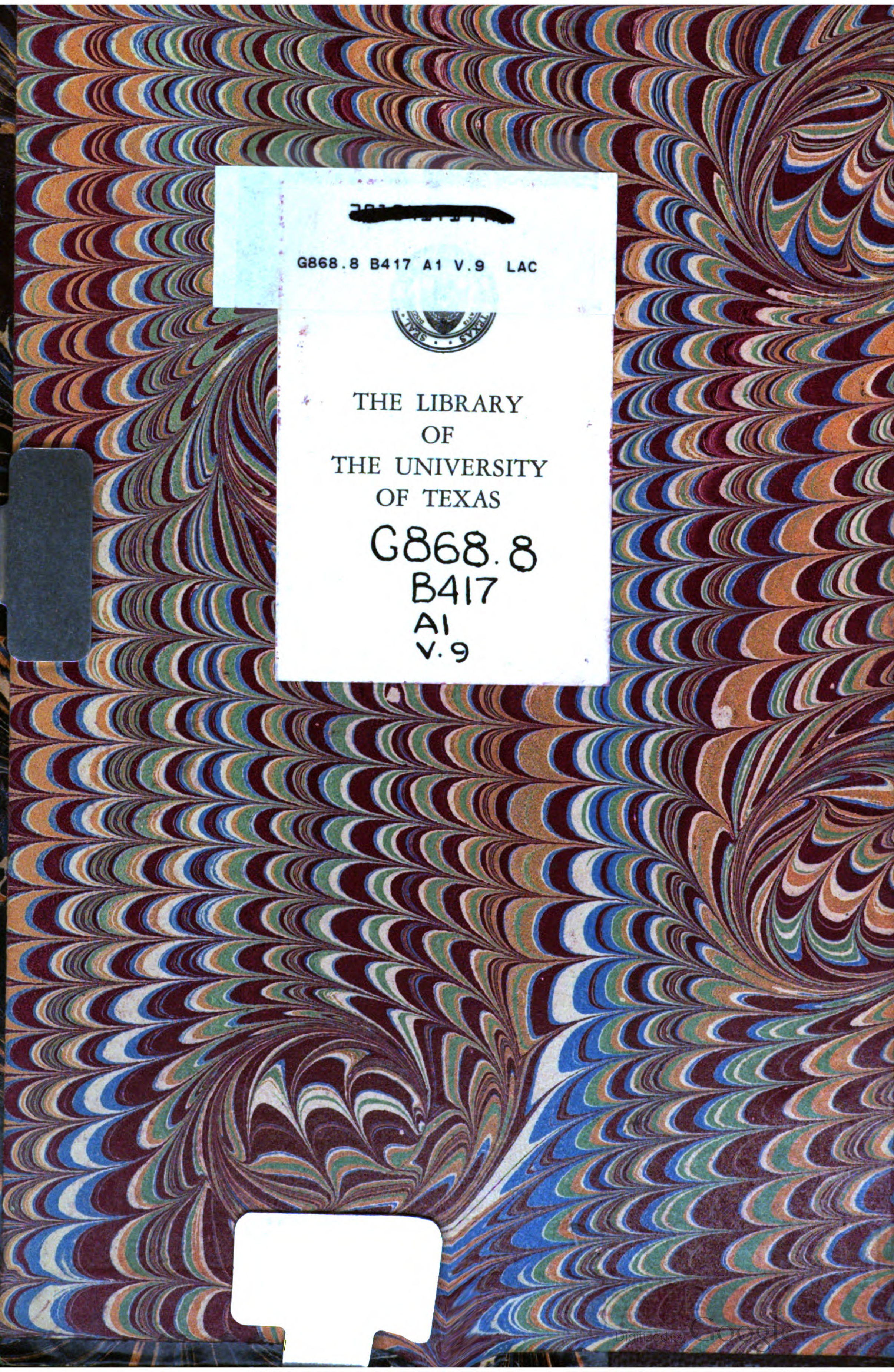
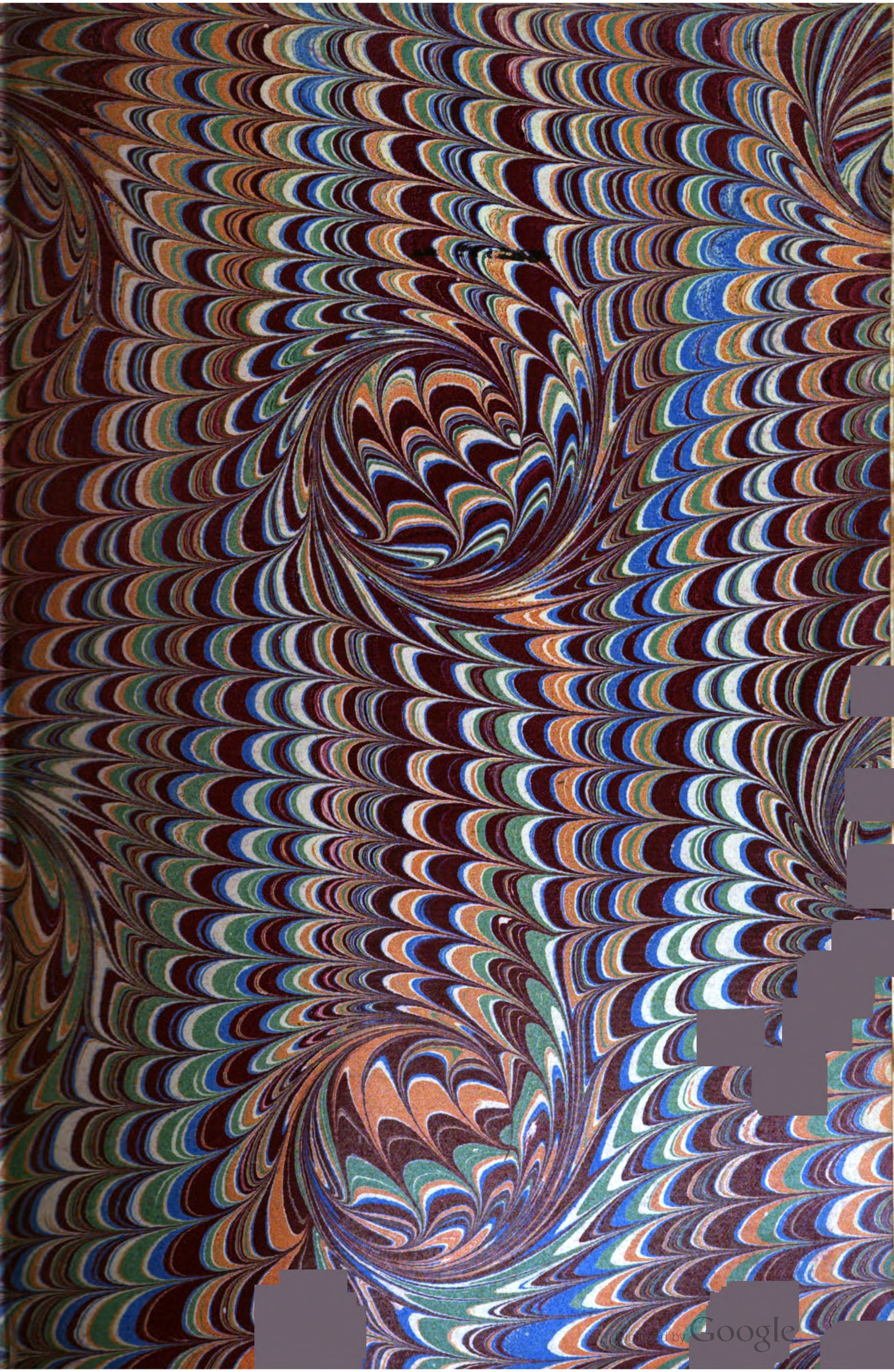





[redacted]
G868.8 B417 A1 V.9 LAC
THE LIBRARY
OF
THE UNIVERSITY
OF TEXAS
G868.8
B417
A1
V.9



OBRAS COMPLETAS

DE

DON ANDRES BELLO

Santiago, Setiembre 5 de 1872.

Por cuanto el Congreso Nacional ha discutido i aprobado el siguiente

PROYECTO DE LEI

ART. 1.° En recompensa a los servicios prestados al pais por el señor don Andres Bello, como escritor, profesor i codificador, el Congreso decreta la suma de quince mil pesos, que se inscribirá por terceras partes en los presupuestos correspondientes, para que se haga la edicion completa de sus obras inéditas i publicadas.

ART. 2.° La Universidad nombrará a uno o dos comisionados que se entiendan con los de la familia del ilustre autor, para proceder a la edicion de dichas obras, haciendo las contratas con los impresores, obteniendo en virtud de recibos los fondos que se decretaren, invirtiéndolos i respondiendo de su inversion.

ART. 3.° La edicion no será de ménos de dos mil ejemplares, i de ellos se entregarán quinientos al Estado, quien no podrá venderlos a ménos de dos pesos cada volúmen. El resto de la edicion corresponderá a los herederos respectivos.

ART. 4.° El texto de esta lei irá impreso en el reverso de la primera pájina de cada volúmen.

I por cuanto, oido el Consejo de Estado, lo he aprobado i sancionado; por tanto, promúlguese i llévese a efecto como lei de la república.

FEDERICO ERRÁZURIZ.

ABDON CIFUENTES.



OBRAS COMPLETAS

DE

DON ANDRES BELLO

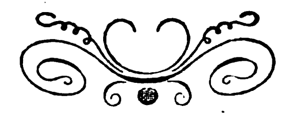
EDICION HECHA BAJO LA DIRECCION DEL CONSEJO DE INSTRUCCION PUBLICA

EN CUMPLIMIENTO

DE LA LEI DE 5 DE SETIEMBRE DE 1872

VOLUMEN IX

OPÚSCULOS JURÍDICOS



SANTIAGO DE CHILE

IMPRESO POR PEDRO G. RAMIREZ

1885

INTRODUCCION

I

Don Andres Bello cooperó a la mejora i desenvolvimiento de la instruccion primaria, media i superior en Chile con sus consejos, sus lecciones i sus escritos.

El autor de la *Gramática Castellana* i del *Proyecto del Código Civil* era un insigne humanista a la par que un eminente jurisconsulto.

Sus profundos conocimientos en diversas secciones del saber humano le habilitaban para ocuparse con acierto en tan grandiosa empresa.

Desde que llegó al país, tuvo ocasion de emplear su vasta intelijencia en beneficio de la enseñanza pública i privada.

La carrera del foro era lo mas frecuentada i socorrida en esa época; pero habia en ella lagunas que llenar i estorbos que remover.

Véase lo que se afirmaba en el número 5 de *El Araucano* de 16 de octubre de 1830 con relacion a la academia de práctica forense; i el lector prodrá formarse idea del atraso lamentable en que se hallaba el estudio de la jurisprudencia entre nosotros.

«Hai en Chile una *academia de práctica forense,* en la cual deben formarse los amparadores de los derechos individuales, los defensores de las leyes, i por decirlo de una vez, el depósito de los hombres públicos que han de ocupar los principales destinos de Chile; i se halla en tal estado de abandono, que aun no tiene un lugar para sus sesiones. Carece hasta de un reglamento orgánico; i puede decirse que solo se mantiene, porque unos cuantos jóvenes de los que aspiran a ejercer la profesion de la abogacía tienen voluntad de concurrir en los dias de reunion. No hai estímulos que los inciten al estudio, ni penas que los obliguen a la concurrencia. Así es que parece que no existiera ese interesante taller, donde los profesores del derecho aprenden la práctica de los juicios, i se apoderan de los medios que las leyes establecieron para pedir la aplicacion de sus disposiciones.

«Es como una especie de edificio arruinado, cuyos escombros están manifestando lo que fué; pero fácilmente puede rehacerse con la solidez que requiere, i darle todo el esplendor i aparato que merece, i que proporcionan el estado de las luces, el decoro de la profesion de abogado, i sus nobles objetos. Un reglamento aprobado por el gobierno i mandado observar estrictamente por la ilustrísima corte de apelaciones, a quien corresponde por las leyes expedir los títulos de abogado, sería lo bastante para dar a la academia de práctica la elevacion de que es digna.

«Nada importaria que indicásemos el mal, si no señalásemos los remedios, pues justamente podria decírsenos que el espíritu de censura guiaba nuestra pluma; pero, para que se vea que nuestro objeto es pedir el remedio del mal que hemos apuntado, presentaremos algunas

ideas que el deseo de mejorar este establecimiento nos ha hecho concebir, i son las bases de un reglamento, o constitucion de la academia.

«Ésta debe componerse de miembros en ejercicio, que son los practicantes; de jubilados, que son los abogados recibidos; de supernumerarios, que son aquéllos que, estudiando la teoría del derecho, desean tomar nociones anticipadas de las fórmulas forenses; i de oyentes, en cuya clase pueden incluirse los escribanos, receptores i todos aquéllos que aspiren a ejercer esta carrera. Para ser admitidos a la clase de practicantes en ejercicio, deben presentar el título de bachiller en cánones i leyes de la universidad, i desempeñar un acto público sobre algun punto de derecho en la academia, sosteniendo los argumentos que se propongan a fin de conocer prácticamente la capacidad del aspirante. Para supernumerarios, se exijirá un certificado de hallarse estudiando las facultades designadas para llegar a la profesion de abogado; i para la de oyentes, el permiso del presidente de la academia.

«A fin de estimular a los jóvenes, la corte de apelaciones no debe admitir en sus estrados a oír práctica a ninguno que no presente el certificado de la academia de haberse recibido de practicante en ejercicio.

«Para que concurran a las sesiones o pasos, se puede establecer que por cada tres faltas que hagan en el tiempo que la lei les exije de práctica, se les obligue a cursar un mes mas, sin tener consideracion a que las faltas sean seguidas o saltadas; i solo podrán ser absueltos de ellas por enfermedad legalmente acreditada, o por ocupacion indispensable, i para esto se llevará por el secretario un libro correspondiente. Estas son las bases sobre

las cuales puede organizarse un reglamento, que estimule la aplicacion de los jóvenes: lo demas que corresponda para la organizacion de la academia, es tan sencillo, que se omite por no ocupar tiempo en vano.»

Don Andres Bello dió en Santiago lecciones orales de gramática castellana i latina, de derecho natural, internacional i romano, i de literatura.

Designó, como texto para la enseñanza de este último ramo, el *Arte de hablar en prosa i verso* por don José Mamerto Gómez Hermosilla.

El libro indicado, tan menospreciado en la actualidad, era entónces mui aplaudido en España, sin que le falten aun ahora sus adeptos.

«Estos elementos, dice don Eujenio de Ochoa, son indisputablemente los mejores que se han publicado orijinales en castellano sobre retórica i poética, tanto por la sabia coordinacion de la materia, cuanto por la teoría orijinal, pero verdadera del autor acerca de las formas i de la expresion de los pensamientos, que desenvuelve en el tomo I.»

Don Andres Bello, como don Eujenio de Ochoa, encontraba algunas partes de la obra bien pensadas, aun cuando censuraba otras como erróneas e infundadas, lo que contribuia a hacer su clase mas atractiva i picante.

El docto maestro de la juventud chilena explicó el derecho natural, sirviéndose de un tratado que él mismo habia compuesto, en el cual predominaban las doctrinas de Bentham; i el derecho romano, segun un compendio escrito por Heineccio, a que se agregaba la lectura obligatoria de los *Comentarios* de Vinnio.

En 1832, don Andres Bello dió a la estampa su conocida obra titulada *Principios de derecho internacional,*

de la que se han hecho varias ediciones en América i Europa.

El 29 de octubre de 1848, decia en un discurso leído ante el claustro pleno de la universidad:

«Yo desearia, señores, que el estudio de la jurisprudencia romana fuese algo mas extenso i profundo. Lo miro como fundamental. Para alcanzar su fin, no basta que se aprenda la nomenclatura de la ciencia, i que se adquiera una tintura de reglas i prescripciones inaplicables muchas veces a nuestra práctica. El objeto de que se trata, es la formacion del jurisconsulto científico; el aprendizaje de aquella lójica especial, tan necesaria para la interpretacion i aplicacion de las leyes, i que forma el carácter que distingue eminentemente la jurisprudencia de los romanos. Para hacerlo, es preciso poner al alumno en estado de consultar las fuentes; i el método histórico es el que nos las hace accesibles. Yo abusaria de vuestra paciencia, si tratase de recomendar este método con autoridades de los jurisconsultos mas eminentes de nuestros dias. Ni creo tampoco que sea menester refutar la preocupacion de aquéllos que desconocen la utilidad práctica del derecho romano, sobre todo en países cuya lejislacion civil es una emanacion i casi una copia de la romana. Basta decir que en ninguna época ha sido mas altamente apreciado, ni mas jeneralmente recomendado su estudio, aun bajo el punto de vista de la práctica judicial i forense. Yo citaré, con Savigny, el ejemplo de los jurisconsultos franceses, que se sirven, dice, del derecho romano con mucha habilidad, para ilustrar i completar su código civil, obrando así segun el verdadero espíritu de ese mismo código.

«Yo deduzco de estas observaciones la necesidad de dar



algun ensanche al estudio del derecho romano, por medio de un texto mas comprensivo i sustancial. El que sirve ahora es demasiado mezquino i pobre; i la instruccion que suministra no es comparable a la que se daba en nuestros mismos establecimientos literarios cuarenta o cincuenta años há. La formacion de un nuevo texto, en que se dé a la materia la amplitud que reclama, aprovechándonos para ello de lo mucho i excelente que se ha publicado en Alemania i la Francia en estos últimos años, es una obra a que la facultad de leyes se ha creído llamada, i en que ya se trabaja.»

Guiado por este propósito, don Andres Bello enriqueció el texto de Heineccio con correcciones importantes, con adiciones numerosas i con notas explicativas cuyos materiales sacaba del derecho civil i de sus comentadores mas famosos.

El diminuto compendio se trasformó así en una obra majistral, que he visto parte manuscrita i parte impresa en el establecimiento tipográfico dirijido por su hijo don Andres Ricardo Bello i don Felipe Santiago Matta.

Hé aquí la introduccion:

Las leyes romanas formaban en tiempo del emperador Justiniano una masa inmensa i heterojénea acumulada en el espacio de trece siglos, durante los cuales Roma, pequeña aldea a las orillas del Tíber, subió por grados a la dominacion del mundo i pasó sucesivamente por todas las diversas formas de gobierno: monarquía constitucional en su infancia; aristocracia tiránica en su adolescencia; democracia templada por el influjo de la relijion i de la nobleza en la edad de su mayor virtud i gloria; democracia tumultuosa, destrozada por las faccio-

nes; i en fin, imperio despótico, que en el Occidente fué presa de los bárbaros, i en el Oriente conservó largo tiempo una sombra de poder i opulencia.

Las transformaciones del órden político, i el sucesivo incremento del poder i de la riqueza influyen sobre las costumbres, como las costumbres sobre el derecho civil, que es en todas partes su imájen. El derecho de una nacion, semejante a su lengua, no está nunca fijo; i su existencia es una serie continua de alteraciones i mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la lejislacion escrita. La primera tentativa de esta especie fué la de las *Doce Tablas*, compilacion confiada a una majistratura extraordinaria, compuesta de diez senadores llamados *decenviros*, que incorporaron en ella las leyes vijentes i las usanzas patrias al lado de la constitucion política. Jeneralmente se cree que, para asegurar el acierto de la obra, se enviaron tres comisionados a Aténas, que observasen las instituciones de la Grecia, i a su vuelta diesen cuenta de lo que les pareciese adaptable a la jóven república. Pero, aunque esta mision ultramarina parece un hecho histórico comprobado; si debemos estar, dice Niebuhr, a la relacion entre las leyes civiles áticas i las de las *Doce Tablas*, es preciso creer, o que en la noticia de este suceso se introdujo equivocadamente el nombre de Aténas, o que los comisionados no hallaron allí ninguna cosa que pudiese aplicarse a Roma; porque en todo lo que es esencial i característico relativamente a los derechos personales, a las formas de los actos legales i a los procedimientos judiciales, los dos códigos no ofrecen la menor semejanza entre sí; i en donde se columbra alguna, es. o por la naturaleza de los objetos, que producia de suyo cierto viso de confor-

midad jeneral, o por la preexistencia de algun grande i extenso principio de afinidad. I este argumento milita, no solo contra Aténas, sino contra todas las otras repúblicas griegas, excepto las de Italia, cuya coincidencia con los romanos se explica por el influjo que sobre éstos i aquéllas ejercieron a la par las costumbres e instituciones de las razas nativas. Lo cierto es que Roma no se curó de imitar en *sus leyes civiles* ningun modelo extranjero. El pueblo sancionó las leyes de las *Doce Tablas* hacia el año 304 de Roma.

Fueron la base del derecho civil hasta el tiempo de Justiniano. Pero los acuerdos del pueblo i la simple costumbre introdujeron en esta primitiva jurisprudencia grandes innovaciones, aun bajo los auspicios de la república. La práctica del antiguo derecho consistia, dice Savigny, en actos simbólicos, i formas rigorosamente determinadas. En su estudio i su aplicacion, se ocupaban los jurisconsultos, profesion altamente respetada. Sus primeros libros no tenian otro objeto. Bajo su custodia, estaba la pureza orijinal del derecho.

Extendiendo los romanos su dominacion sobre toda la Italia i mas allá, preciso era que su carácter perdiese algo de su color primitivo; que un tinte mas jeneral hiciese desaparecer poco a poco su orijinalidad; i que el derecho siguiese tambien esta irresistible tendencia. Al lado del antiguo derecho nacional (derecho de los ciudadanos, *jus civile*), se levantó un derecho universal, natural (derecho de las naciones, *jus gentium*). Nacido de las comunicaciones con los extranjeros, no existió desde luego sino para éstos; i fué colocado en Roma bajo la autoridad de un pretor especial. Sucesivamente los gobernadores romanos lo aplicaron a sus provincias; pero,



en virtud de las modificaciones que el carácter de los romanos mismos experimentaba, su *jus civile* se fué asimilando poco a poco al *jus gentium;* i los edictos de los majistrados era lo que principalmente reglaba esta asimilacion. Así que, los jurisconsultos i los majistrados ejercian influencias contrarias sobre el derecho: los unos trabajaban en conservar lo antiguo, los otros en introducir con tiento i circunspeccion lo nuevo. De esta manera, la lei de las *Doce Tablas* i los edictos de los majistrados eran las principales fuentes del derecho cuando expiró la república.

Bajo los emperadores, los decretos del pueblo o del senado continuaron algun tiempo extendiendo o modificando el antiguo derecho civil; pero el edicto pretorio ocupaba de dia en dia mas lugar en él. Varias circunstancias concurrian a ello. Un hecho salta a los ojos cuando se recorre la larga i móvil historia del derecho romano desde las *Doce Tablas* hasta Justiniano; i es la marcha inversa de las leyes privadas i de las instituciones políticas, perfeccionándose aquéllas miéntras éstas se alteran i degradan. A medida que el derecho público desaparece, el derecho privado se hace mas equitativo; i las garantías que dejan de protejer la vida pública, rodean i defienden al hombre en el hogar doméstico. El derecho primitivo de Roma, tan duro, tan opresivo para todo lo que no era ciudadano romano, ve desterradas poco a poco sus ficciones legales por las sanas nociones de la equidad natural. El derecho quiritario, aquel derecho tan convencional de Roma, cae con la república, como la dignidad del ciudadano, i se pierde de vista bajo el nivel del imperio. La patria potestad, el dominio del amo sobre el esclavo, se humanizan gradualmente;

el derecho de ciudad, de que ántes era Roma tan mezquina, se extiende a medida que los derechos del ciudadano se menoscaban, i luego que dejan éstos de tener un valor real, se prodiga a todos. A las ficciones de la agnacion civil, sucede la cognacion natural. La verdad i la equidad entran en los códigos, al paso que la libertad sale de ellos; i el cristianismo, emancipacion moral del hombre, completa la mejora que habian comenzado las leyes.

Ademas, de tal modo se habia desviado el derecho de su forma primitiva, que era necesario grande arte para reducir aquella multitud de fuentes heterojéneas a los resultados simples que requiere la práctica. Como los pretores i jueces no podian ya beber directamente en las fuentes, se veian precisados a valerse de trabajos científicos. El ardor con que se cultivaba la ciencia en el seno de la nacion, vino a satisfacer esta necesidad. El contacto de la Grecia vivificaba toda la literatura romana; i de esta animacion participó la jurisprudencia. Roma no tenia venero mas rico que beneficiar; i no era posible que los ciudadanos dejasen de ocurrir a él. En tiempo de la república, la elocuencia i la jurisprudencia conducian con no ménos seguridad que las armas al favor del pueblo i a la gloria. Pero la elocuencia, primera de las artes pacíficas en los dias de la libertad, vió perecer con ella su lustre i su poder. De todas las partes de la vida pública, el derecho civil era la sola en que la vieja Roma podia reconocerse a sí misma. Los corazones de los verdaderos romanos encontraban allí la patria. Todo se reunia, pues, para elevar la jurisprudencia a la altura en que la vemos en el segundo i tercer siglo de la éra cristiana, altura a que no alcanzó jamas en otro pueblo ni

en otro tiempo alguno. Pero esta superioridad solitaria no podia sostenerse en medio de la decadencia universal. El progreso i la vida cesaron para la jurisprudencia misma; i los jurisconsultos de aquella edad ilustre perpetuaron por esta circunstancia i por su propio mérito la autoridad de que gozaban, i de que sus sucesores no participaron. La dificultad de beber en las fuentes i la necesidad de recurrir a los escritos científicos de los últimos jurisconsultos célebres, se aumentaron con la esterilidad de las jeneraciones posteriores.

A las otras fuentes del derecho, se juntaron entónces las constituciones de los emperadores, que al principio no eran mas que rescriptos, esto es, respuestas o dictámenes sobre el derecho existente, dirijidos a majistrados o particulares, i por lo tanto semejantes a las respuestas de los jurisconsultos, aunque de mas autoridad. Pero, desde Constantino, la lejislacion tomó un carácter nuevo: multiplicáronse los edictos u ordenanzas imperiales, que amenudo innovaban, porque el imperio del cristianismo habia hecho una revolucion en las antiguas ideas. Estas nuevas fuentes del derecho tenian a lo ménos la ventaja de comprenderse mejor i de poderse aplicar mas fácilmente a las necesidades del momento; i a esto se agregaba que no presentaban el menor vestijio de aquellas transformaciones científicas e injeniosas que en el edicto del pretor hacian mas difícil la aplicacion del derecho antiguo.

Hé aquí, pues, cuáles eran las fuentes del derecho a principios del siglo V; en teoría, los antiguos decretos del pueblo, los senadoconsultos, los edictos de los majistrados romanos, las constituciones de los emperadores i las usanzas no escritas. Las *Doce Tablas* eran todavía

la base; todo se apoyaba en ellas, como complemento o modificacion. Mas en la práctica, solo rejian las obras de los grandes jurisconsultos i las constituciones.

Unas i otras, con todo, ocasionaban dificultades. Mucho habian hecho sin duda los jurisconsultos poniendo las antiguas fuentes del derecho a el alcance de un juez lego. Paulo i Ulpiano le enseñaban lo que de aquellas leyes subsistia i era aplicable al estado presente. Pero ¿qué medio habia de fundir en una sola las doctrinas de tantos autores? Poseerlos todos o la mayor parte, cuando se vendian a tanto precio los manuscritos, hubiera sido dispendioso i difícil; i estudiar su espíritu en aquellos tiempos tenebrosos, imposible. Los grandes jurisconsultos discordaban no pocas veces; ¿cómo conciliarlos? Hé aquí embarazos, dudas, inconsecuencias, arbitrariedad en la administracion de justicia.

La famosa constitucion de Valentiniano III en 426 vino a remediar estos males. Limitada primero al Occidente, se insertó en el *Código Teodosiano* i se extendió así al Oriente. Ella dió fuerza de lei a todos los escritos de los cincos jurisconsultos, Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano i Modestino, ménos las notas de Ulpiano i Paulo a Papiniano. Los otros jurisconsultos no hacian lei, sino en cuanto su doctrina, injerida o comentada en las obras de aquellos cinco, formaba parte de ellas. Si los cinco no estaban acordes, se contaban los votos; en caso de empate, prevalecia Papiniano; i si éste no habia tratado la materia, tocaba al juez decidir.

Las constituciones presentaban, aunque no en tanto grado, las mismas dificultades. Era imposible poseerlas i conocerlas todas. De aquí la necesidad de recopilarlas. Las primeras colecciones propiamente dichas, los *Códigos*

Gregoriano i *Hermojeniano*, de que solo quedan fragmentos, fueron ordenados en tiempo de Constantino por dos jurisconsultos, que no se sabe bien si se llamaron como sus códigos, o Gregorio i Hermójenes. Mucho mas importante fué el código de Teodosio II, que llevaba la sancion de la autoridad imperial, de que carecieron aquellas dos colecciones formadas por individuos particulares, i contenia los edictos imperiales promulgados desde el tiempo de Constantino. Compilado en Constantinopla, el año de 438, obtuvo fuerza de lei en ambos imperios. Pero presentáronse nuevas ocasiones de promulgar edictos, i el número de estas novelas creció tanto, que, a principios del siglo VI, era ya necesaria una nueva recopilacion.

El derecho romano, destinado al principio a los habitantes de Roma i solo a ellos, permaneció reducido al recinto de aquella república largo tiempo. Sometidos los pueblos de Italia i hechos partícipes de la ciudadanía romana, desaparecian poco a poco las costumbres locales: la organizacion de Roma abrazó a la Italia toda, i sus leyes la dominaron. De la misma manera, se fué extendiendo la lejislacion romana a los países extranjeros reunidos al imperio con el título de provincias. Mas no se crea, por eso, que el derecho nacional de cada país expirase bajo la conquista: todo lo contrario, subsistia; i el derecho romano rejia solo a los romanos que habitaban la provincia. Caracala concedió la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio que no eran esclavos; pero ni aun esto dió al derecho de Roma una dominacion exclusiva, sino cuando se hubo poco a poco borrado el carácter nacional de cada pueblo, a lo que sin duda contribuyó el edicto de Caracala. La transfor-

macion fué tan completa, que en las Galias i la España, por ejemplo, todos adoptaron la lengua i las costumbres de los romanos; i aun los países que conservaron su lengua, como la Grecia, adoptaron el derecho de Roma, como la existencia sola de la lejislacion de Justiniano lo prueba irrefragablemente. Aun ántes de Constantino, el derecho romano era la lei de todas las provincias i de todos los súbditos del imperio.

Así, a principios del siglo VI, las verdaderas fuentes del derecho eran:

1.° Los escritos de los jurisconsultos segun las reglas dadas en la constitucion de Valentiniano III;

2.° Los rescriptos comprendidos en los códigos *Gregoriano* i *Hermojeniano;*

3.° El código de Teodosio II;

4.° Las novelas promulgadas despues que este código.

Mas, aun reducidas así las fuentes, no estaban a el alcance de los hombres de aquellos tiempos. Sentíase la necesidad de una nueva reforma, i ésta fué la que para el imperio de Oriente emprendió Justiniano.

Permítasenos añadir a esta breve reseña histórica, la elocuente apreciacion del derecho romano que nos da L'Herminier.

«La ciencia imprime al derecho su estampa i su lójica, sienta los principios, deduce las consecuencias, desarrolla inagotablemente la idea del derecho, reflejándola. Bajo este punto de vista, nada iguala al derecho romano. Algunos de sus principios pueden controvertirse; pero su método, su lójica, su sistema científico, le han dado i conservan una superioridad decidida sobre todas las otras lejislaciones. Sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; jamas podrá escribirse el de-

recho, como bajo la pluma de Ulpiano i de Papiniano: parece verse allí el rigor jeométrico aplicado al pensamiento moral. Nuestra flaqueza moderna ha perdido el secreto de aquella maravillosa dialéctica. ¿Cómo explicaremos este poder intelectual del derecho romano i su eternidad política? Contemplando el jenio de Roma, profundizando el estudio de la orijinalidad romana. El ciudadano de Roma, ríjido, austero, avaro, positivo, amaba con pasion sus oríjenes, sus tradiciones nacionales, las costumbres patrias, la antigua constitucion; no rompia nunca la cadena de los tiempos; eslabonaba siempre lo antiguo a lo nuevo; guardaba en sus designios una continuidad indisoluble, i en sus obras una constancia que nada doblegaba. De ahí los hombres de estado, los jenios políticos, los eminentes jurisconsultos. Roma tuvo, por excelencia, el jenio político, no digo social, porque hollaba los pueblos, i uncia los reyes a su carro triunfal. Pero el sentimiento del estado, del derecho, de la lei, de la constitucion, de lo que es nacional i patrio, la preocupa i la llena; para ella, las artes, la filosofía, los placeres del pensamiento, son pasatiempos i distraccion. Afuera desplega una implacable perseverancia para llevar a cabo sus empresas; ni los reveses la abaten, ni los artificios la engañan; lo doma, lo vence todo; lo que ha resuelto se ejecuta irremisiblemente. Cartago brilla i se robustece en vano; ni su comercio ni su opulencia la salvarán; aun en medio de las victorias de Aníbal, se presiente su ruina, i como que vemos cernerse sobre ella el águila romana, que con su mirada la fascina, hasta que al fin la hace caer en sus inevitables garras. Compárese el espíritu griego al romano, i se hallará en los hombres de estado de la Grecia (exceptuados el

gran Temístocles, Perícles el Olímpico, i algunos espartanos), algo de lijero, de inconsecuente, de fútil; caractéres que no se sostienen. No se engañaba el antiguo romano: *Græculus quidam*, decia. En Grecia, en Aténas, se piensa mas en las discusiones filosóficas de Protágoras i en los versos de Aristófanes que en la guerra del Peloponeso; pero en Roma pasean el Foro hombres graves, severos, que solo meditan en la conservacion de sus derechos i en la conquista del mundo. Virjilio tenia bien la conciencia del jenio de su pueblo:

Excudent alii spirantia mollius æra,
credo equidem; vivos ducent de marmore vultus;
orabunt causas melius, cœlique meatus
describent radio et surgentia sidera dicent.
Tu regere imperio populos, romane, memento:
hæ tibi erunt artes; pacisque imponere morem,
parcere subjectis et debellare superbos.

«El espíritu que vivificaba a Roma es lo que nos explica sus leyes, su poder, su duracion.»

Las agregaciones hechas en el proemio de Heineccio, en el cual solo se han conservado unas cuantas frases, bastan para que el lector pueda colejir los preciosos aumentos que el resto de la obra habia recibido.

El curso de lejislacion teórica no se ha impreso, ni se imprimirá jamas, porque únicamente quedan algunos fragmentos difíciles de reunir.

Uno de los discípulos mas aventajados de Bello, mi inolvidable amigo don Manuel Antonio Tocornal, me obsequió dos hojas que paso a copiar escritas de puño i letra

de don Andres i pertenecientes a los respectivos principios de los capítulos sexto i séptimo del *Derecho Natural.*

DE LA MORALIDAD DE LAS ACCIONES

La moralidad de las acciones es su relacion con la lei natural. Bajo este respecto, se dicen *mandadas* o *vedadas* (palabras que no necesitan definirse), *buenas* o *malas*, *justas* o *injustas*, *virtuosas* o *criminales*.

Buenas son las que se conforman con la lei natural, o lo que viene a ser lo mismo, en cuyas consecuencias naturales prepondera el bien; *malas*, por el contrario, las que no se conforman a dicha lei, o en cuyas consecuencias naturales prepondera el mal. Esta bondad o maldad se llama esencial e intrínseca para diferenciarla de la extrínseca o adventicia, que consiste solo en la conformidad o desconformidad de las acciones con una lei positiva.

Justicia, en un sentido jeneral, es la bondad misma de las acciones, o su conformidad con las leyes. Pero, en un sentido mas propio i usual, nuestros actos se dicen justos o injustos con relacion a los derechos ajenos: *justos* son los que satisfacen a estos derechos o cumplen nuestras obligaciones respecto de los demas hombres; *injustos*, los que violan algun derecho ajeno. Así no decimos que un uso de nuestras propiedades, por bueno que sea, es un acto de justicia, sino cuando las empleamos, por ejemplo, en pagar una deuda, cumplir un contrato o reparar una injuria. Divídese comunmente la justicia en *atributiva* i *espletriz* (que otros llaman *distributiva* i *conmutativa*). La primera dice relacion a los derechos imperfectos de los demas hombres, i la segun-

da a los perfectos. El hombre que no paga una deuda, falta a la justicia conmutativa; el que, elijiendo para un empleo de la república, no da su sufrajio al que le parece mas digno, quebranta las reglas de la justicia atributriz.

En las calificaciones de *virtud* i *crímen*, suelen mezclarse otras ideas elementales. La virtud supone, ademas de la bondad de la accion, cierto grado de esfuerzo en el alma. Por eso, expresaron los romanos esta calidad moral con la palabra *virtus*, que significó primitivamente virilidad o fortaleza. En efecto, no acostumbramos llamar virtuosos, sino aquellos actos en que el alma vence una tentacion o arrostra una pena, llevando puesta la mira de conseguir un bien o librarse de un mal futuro, que le parece exijir el sacrificio de aquél que le tienta, o del bienestar que actualmente posee.

Otro elemento necesario de la virtud es el desinteres. El que, por labrarse una existencia acomodada para la vejez, trabaja en la juventud, rechazando las tentaciones de placer, ocio i disipacion que por todas partes asaltan al hombre en aquella edad poco amiga de consultarse con la prudencia, obra bien seguramente, miéntras en la persecucion de su objeto, se abstiene de toda injusticia; pero no le llamaremos virtuoso si el único móvil de su conducta son aquellos goces individuales que suministra la riqueza: una buena casa, una mesa abundante, bellos muebles, etc. Supongamos, al contrario, que trabaja con el solo fin de emplear su fortuna, como Tomas Guy, el célebre librero de Lóndres, en fundaciones de beneficencia; nadie entónces podrá disputarle aquel título.

Es tan esencial la idea de desinteres a la de virtud que si, al ver una accion jenerosa con aquel sentimiento

agradable de estimacion i amor que no podemos ménos de tributar a la virtud, se nos comunica que el ajente obraba solo por motivos de interes personal i sin la menor solicitud por la felicidad de aquéllos a quienes ántes juzgábamos que hacía algun costoso sacrificio, esto bastaria para que aquel acto dejase de parecernos virtuoso i para que, a la emocion con que le contemplábamos, sucediese una indiferencia completa.

Hemos dicho que nuestra propia felicidad es en todos casos el motivo de nuestra conducta. Ella es, por consiguiente, el motivo aun de nuestras acciones virtuosas. Parecerá, pues, contradictorio con este principio el desinteres que atribuimos a la virtud. Pero debemos distinguir dos clases de acciones interesadas: en las unas el objeto inmediato es nuestro propio bien; en las otras, la satisfaccion individual que se busca, está en la aprobacion de Dios o en el bien de los hombres.

El crímen (limitando esta denominacion, como jeneralmente se hace, a los delitos graves) supone tambien, ademas de lo malo del acto, cierto grado de esfuerzo en el alma, que, para cometerlo, tiene que vencer algun fuerte motivo de aquéllos que en circunstancias ordinarias bastarian para arredrarla. El que, haciendo una injusticia, viola un depósito de confianza o infiere un grave daño a una persona débil colocada bajo su proteccion, a un bienhechor, a un padre, o produce a la sociedad un mal gravísimo por un leve placer o lucro, este tal comete un crímen. Pero hasta aquí solamente llega el paralelo entre el crímen i la virtud. El desinteres no es necesario para constituir el primero, como es esencial en la segunda. Hai a la verdad atentados horribles en que la satisfaccion individual del perpetrador se

cifra únicamente en la miseria ajena; pero, por fortuna, son raros.

La virtud i el crímen excitan a la par la admiracion de los hombres; mas aquélla inspira al mismo tiempo amor, éste causa horror i aversion. Los hábitos nos hacen fácil i agradable el ejercicio de la virtud, aumentando cada vez mas el imperio de los motivos tutelares (la relijion, la simpatía, las amonestaciones de la conciencia, el amor de la reputacion), i producen igual efecto en el crímen, adormeciendo cada vez mas el alma a la influencia de estos motivos, i dando mayor enerjía a las pasiones personales i antisociales, como son el apetito de los placeres corpóreos, el amor del poder o del dinero, la ira, la envidia.

Damos tambien el nombre de virtud al hábito de alguna especie particular de acciones......

DIVISION DEL DERECHO NATURAL

Expondremos aquí agunas divisiones del derecho natural, que, aunque no todas de utilidad práctica, se han hecho necesarias para la intelijencia de los autores. La primera es en *primitivo*, que dimana inmediatamente de la constitucion orijinaria del hombre, i *secundario*, que supone alguna accion o establecimiento humano, como la sociedad civil, la propiedad de las tierras, etc.

La segunda es en *interno*, que se refiere a la conciencia, i *externo*, que se refiere a las acciones exteriores de los hombres, autorizándolos unas veces para exijir por fuerza el cumplimiento de las obligaciones i contratos: en el primer caso, el derecho externo se llama *necesario*; i en el segundo, *voluntario*.

La tercera es en *derecho natural propiamente dicho* i *derecho de jentes*. Entiéndese por el primero el que da reglas para la conducta de los hombres considerándolos como individuos, i por el segundo el que dirije la conducta de las diferentes sociedades civiles, naciones o estados entre sí.

Estas expresiones *derecho natural* i *derecho de jentes* se entienden de mui diverso modo por los jurisconsultos romanos, segun los cuales el primero es aquél que la naturaleza enseña a todos los animales; i el segundo aquél que la razon dicta uniformemente a todos los hombres. Esta division es absurda en cuanto supone que los animales son capaces de alguna nocion de derecho. Incluye ademas el primer miembro de ella en el segundo, pues las leyes que se suponen enseñadas por la naturaleza, como la defensa propia i la crianza de los hijos, son todas claramente dictadas por la razon, que no puede ménos de percibir a primera vista su necesidad, no solo para el bienestar, sino para la existencia misma del hombre. En fin, si se limitase el derecho natural a las reglas de conducta que la naturaleza ha dado a todas las especies de animales por medio del raciocinio, o por los apetitos i propensiones ciegas llamadas instintos, sería necesario reducirlo a la sola lei de la defensa propia, pues hai numerosísimas tribus de seres sensibles en quienes no se halla rastro ni aun del instinto de maternidad, que es uno de los mas fuertes.

Lo cierto es que hai en nosotros instintos que nos llevan ciegamente a ejecutar ciertos actos importantes a nuestra conservacion o la de la especie. Cedemos a ellos arrastrados por un placer o pena inmediata, i no por la consideracion de sus ulteriores consecuencias. La madre

que alimenta al niño, no lo hace por el bien que algun dia resultará de ello á sí misma i a la sociedad, sino por gozar un placer inmediato, que encuentra en este acto mismo, i por evitar la pena vivísima de simpatía que los padecimientos del niño producirian en ella. No ha confiado, pues, la naturaleza a la razon sola los importantes deberes de la maternidad, sino que ha querido darle por auxiliar, con respecto a ellos, un instinto imperioso, esto es, un principio de accion, que, aunque dirijido al logro de hechos futuros, impele por motivos presentes.

Esta especie de instintos no son uniformes en todos los animales, ántes varían, segun el plan de la naturaleza en cada especie. Así el instinto de la fraternidad falta en todas aquéllas cuya prole nace provista de todo lo necesario para subsistir sin el auxilio ajeno, como sucede en los reptiles i en los peces.

Los deberes apoyados en estas emociones que se anticipan a la razon humana i la auxilian, forman el *jus naturæ* de Ulpiano; mas no porque las haya uniformes en todas las especies animadas, pues cada cual tiene las suyas, sino porque éstas son las relativas a la constitucion del hombre.

Cuando un romanista dice, pues, que tal o cual obligacion es de derecho natural, entiende que no solo es dictada por la razon, sino que se apoya en algunos de los instintos humanos; i cuando dice, por ejemplo, que el matrimonio es de derecho de jentes, entiende que este contrato se deriva de la razon, o en otros términos produce grandes bienes al hombre.....

Los trozos preinsertos ponen en relieve el método seguido por don Andres Bello en la enseñanza.

El sabio profesor examinaba los hechos segun la observacion se los presentaba; fijaba la nomenclatura de las voces i la clasificacion de los datos con toda exactitud; i deducia las consecuencias que fluian de las premisas sin otra brújula que la lójica.

II

El primer rector de la moderna universidad de Chile consideraba la instruccion, no solo como la madre de la ciencia i de la literatura, i como la abuela de la riqueza i del poder, sino tambien como un instrumento de moralizacion para dominar la fiereza de las pasiones i el desenfreno de las costumbres de la jente inculta.

Queria la escuela en la ciudad i en el campo a fin de desterrar la ignorancia, i extirpar, por consiguiente, la raíz de los delitos i crímenes.

A mas de esa fuente perenne de civilizacion i grandeza, Bello pensaba que la situacion especial de Chile, a su arribo en 1829, exijia una mano vigorosa que introdujese la seguridad en los caminos i poblaciones.

Una guerra exterior e interior, prolongada durante muchos años, habia traído su cauda ordinaria de malhechores i forajidos.

Con ocasion de los combates i revueltas, las heces sociales habian subido a la superficie, infestando el país en toda su extension.

Una medida permanente, a saber, la instruccion difundida a manos llenas, i una medida temporal, a saber, penas severas aplicadas sin remision a los delincuentes, eran, a su juicio, los arbitrios mas eficaces para que la sociedad entrase i persistiese en el órden.

En tésis jeneral, el estadista americano no admitia los indultos, sino con muchas limitaciones, reprobando especialmente que la facultad de concederlos se atribuyese al congreso, como lo hacía el inciso 13 del artículo 46 de la constitucion de 1828.

Hé aquí lo que decia sobre el particular en el número 105 de *El Araucano* de 14 de setiembre de 1832:

No podemos ménos de unir nuestra voz a las de otros defensores de las leyes i de la verdadera humanidad para reclamar contra los indultos del congreso, cuando salen de aquellos limitados casos, a que, por la constitucion del estado i por la naturaleza de las cosas, debe ceñirse el ejercicio de esta prerrogativa importante.

No se da a ninguna autoridad pública el derecho de indultar a los reos, o de conmutarles la pena, para que lo ejerzan arbitraria i caprichosamente. Semejante conducta no tendria nada de extraño en los gobiernos donde todo pende de la voluntad de un déspota. Pero donde mandan las leyes, todo debe estar sujeto a reglas; i el indulto de un reo no es un acto individual de clemencia, sino una excepcion que, por el mismo hecho, se concede a todos los reos que se hallen en circunstancias análogas. Si el congreso, pues, obra racionalmente, i no por mero humor o capricho, i si indulta de la pena capital a un monstruo, es menester que extienda la misma gracia a todos los delincuentes de igual gravedad que imploren su clemencia; i entónces ¿para quién se reserva la pena de muerte? Valiera mas borrarla de nuestro código.

«Los monarcas, dice Montesquieu, pueden prometerse todo de la clemencia; ella les granjea tanto amor, les

da tanta gloria, que es una fortuna para ellos que se les presenten ocasiones de hacerla brillar.» Pero no debe confundirse, con esta clemencia jenerosa que condena los agravios personales, la debilidad antisocial que sustrae los delincuentes al castigo que han merecido. Detener el brazo de la justicia que vindica los crímenes cometidos contra los particulares, es un atentado contra la sociedad: no es una prerrogativa, sino un abuso de poder, una verdadera tiranía. Los soberanos clementes, Antonino, Trajano, Marco Aurelio, fueron severos administradores de la justicia, i ejecutaron las leyes penales con una equidad austera: miéntras que su clemencia afianzaba la tranquilidad del estado, su justicia mantenia la seguridad en los hogares domésticos. Tito perdonaba a los conspiradores, i Neron a los asesinos.

La prerrogativa de indultar a los reos, dicen algunos publicistas, no debe existir en las repúblicas, porque no hai en ellas autoridad alguna a quien este poder moral pueda confiarse sin peligro. Sin extendernos a tanto, podemos sentar que, donde la igualdad de todos los ciudadanos ante la lei no es una forma constitucional vacía de sentido, el indulto debe circunscribirse a circunstancias particulares en que no se desvíe el espíritu de la lei. Nuestra constitucion limita la prerrogativa de indultos a casos extraordinarios. Ella no se aplica, pues, lejítimamente a casos que lo único que presentan de extraordinario, es la atrocidad del hecho, o el carácter respetable de la víctima, sino a casos en que la falta de premeditacion, un error fatal, relijioso o político, el extravío de un sentimiento, talvez noble i jeneroso en sí mismo, u otras circunstancias semejantes atenúan la gravedad del crímen. El indulto es entónces un acto que

reconcilia la lejislacion con la justicia i la justicia con la clemencia.

Todo lo que disminuye la certidumbre de la pena, disminuye su eficacia como preservativo de los delitos. Presentar a la mente de los que tienen la tentacion de cometer un crímen, probabilidades de impunidad, es inducirlos realmente a cometerlo; i esta es la tendencia de los indultos arbitrarios. En un país como Chile, donde son tantas las causas que contribuyen a multiplicar los delitos atroces i algunas de ellas están fuera del alcance de la lejislacion, esta piedad mal entendida es funesta, i al congreso es a quien ménos toca autorizarla con su ejemplo.

Concluiremos estas breves observaciones sobre un asunto que nos parece de la mayor importancia, con el siguiente pasaje del juicioso i filosófico Feijoó, en un discurso que por todos títulos es mui digno de recomendarse a la atencion de nuestros jueces i lejisladores.

«Siempre he admirado la benignidad con que a veces se tratan las causas criminales, donde no hai parte que pida. La cesion de la parte comunmente se valora en mas de la mitad de la absolucion del reo. En que no se advierte que siempre hai parte que pide; i lo que es mas, siempre hai parte que manda. Dios manda; la república pide. Ésta es acreedora a que se castiguen los delitos, porque la impunidad de las maldades multiplica los malhechores. Por un delincuente merecedor de muerte, a quien se deja con la vida, pierden despues la vida muchos inocentes. ¡Oh piedad mal entendida la de algunos jueces! ¡Oh piedad impía! ¡Oh piedad tirana! ¡Oh piedad cruel!—*Balanza de Astrea o Recta administracion de justicia.*» *Teatro Crítico*, tomo III, discurso XI.

En *El Araucano* número 107 de 26 de setiembre de 1832, don Andres Bello agregaba:

«Se consideran los indultos de la pena de muerte concedidos por el congreso como un correctivo necesario de la imperfeccion de nuestras leyes, obteniéndose por este medio la proporcion que debe haber entre los delitos i las penas. Este correctivo adolece de graves inconvenientes. El congreso está abierto unos pocos meses del año. Un corto número de reos gozaria, pues, del beneficio de la revision de sus sentencias; pero a todos los otros estaria cerrado este recurso: desigualdad monstruosa que haria depender el fallo de vida o de muerte de una coincidencia fortuita.

«Si se concediese a todos esta especie de súplica a la representacion nacional, tropezaríamos con otros inconvenientes: se prolongarian las causas; el congreso se convertiria en un tribunal de apelacion; se multiplicarian sus atenciones con detrimento del servicio público; i se echaria por tierra la independencia constitucional de los juzgados. No hai para qué detenernos en manifestar la incompatibilidad de las funciones judiciales con las lejislativas i con la organizacion de un congreso.

«Se cree que el indulto de la pena de muerte es un acto de gracia, i que, por el hecho de concederlo a un reo, no nos obligamos a concederlo a otros. No participamos de esta opinion. Sostenemos que en una forma de gobierno, en que no se deje nada al capricho, a la arbitrariedad, a accidentes fortuitos, cada indulto es una lei que se extiende *ipso jure* a los casos análogos. Es necesario que haya siempre alguna razon de justicia o de interes social para castigar a dos reos

con penas desiguales. Cuando se presenta un caso de indulto, no se trata de perdonar la vida a un individuo aislado, sino a todos aquéllos que cometieren en adelante el mismo crímen i pudieren alegar iguales títulos a la clemencia de la autoridad indultriz. Si hai motivos para resolver esta cuestion afirmativamente, el indulto no es un acto de gracia, sino de justicia; es un remedio indispensable de la imperfeccion de las leyes, una derogacion del derecho escrito, dictada por la equidad universal. Si no hai motivo para eximir al reo de la pena a que le condenan las leyes, el indulto es un acto arbitrario, pernicioso a la sociedad, i por consiguiente tiránico.»

La barbarie abandonada a sí misma i la caridad judicial eran aberraciones que no podian concebirse por don Andres Bello.

Ambicionaba para Chile la instruccion primaria, moral i relijiosa derramada con profusion en la ciudad, en la aldea, en la campaña, en el cuartel, en la casa de expósitos, en los asientos de mina, en el presidio i en la cárcel.

Preconizaba al mismo tiempo la necesidad de una admistracion de justicia pronta, barata i eficaz, que fuese una realidad, no una sombra.

Su opinion era sostenida por otros.

Mediante la propagacion de la enseñanza i la estricta aplicacion de la lei, la sociedad entró paulatinamente por vereda.

«Ocho años de tranquilidad interior, decia Bello en el número 421 de *El Araucano* de 21 de setiembre de 1838, han permitido al gobierno contraerse al establecimiento de reformas saludables. Nuestros puertos se han llena-

do de buques de todas partes, que traen a ellos las producciones de los mas apartados climas del universo. Nuestros campos se cubren de ricas mieses; i la agricultura ha mirado a los chilenos dedicarse con un empeño digno de alabanza a su fomento i perfeccion. La industria i la civilizacion han hecho progresos admirables. La moral extiende cada vez mas en Chile su bienhechor imperio; i así los ciudadanos, como nuestros bravos militares, demuestran en sus actos el influjo que ella ha conseguido sobre sus corazones. El que ha visto el carácter de progresiva cultura que domina ya en las diversiones del pueblo, turbadas ántes por ejemplos de la mas grosera ferocidad; el que ha contemplado la diminucion admirable del espantoso número de delitos que manchaban ántes nuestro país; i en fin, el que observa el ardor con que la juventud de todas las clases procura beber en las fuentes de la instruccion las benéficas máximas de la moral, no puede ménos de sentirse hondamente reconocido hacia la Divina Providencia, que ha querido mirarnos con tan benévolos ojos, i ponernos en esta senda de engrandecimiento i de ventura, por medio de las instituciones liberales i de la paz interior.»

He oído repetir varias veces a don Andres Bello que la prosperidad material i moral de Chile en tan corto espacio de tiempo habia sobrepujado sus esperanzas.

III

Don Andres Bello batalló constantemente en la prensa para que toda sentencia contuviese dos partes: una expositiva, en que se hiciese la enunciacion breve de las acciones deducidas por el demandante i de las defensas

alegadas por el demandado; i otra resolutiva, en que se consignase el fallo precedido de los fundamentos i disposiciones legales que le servian de base.

La lei promulgada el 12 de setiembre de 1851, sobre el modo de acordar i redactar las sentencias, presentada al congreso por don Antonio Váras el 6 de setiembre de 1847, vino a satisfacer todos sus deseos a este respecto.

Emprendió tambien una verdadera campaña para que la prueba testimonial no se rindiera en secreto, como una celada, sosteniendo, con abundante copia de razones i con el ejemplo de las naciones mas adelantadas, que el juez debia examinar a los testigos en presencia de los contendores.

La victoria no coronó su anhelo en este punto; pero ella vendrá sin falta mas tarde o mas temprano.

No puede dudarse.

Ahora que la lei sobre el modo de acordar i fundar las sentencias está encarnada en nuestra práctica judicial, apénas se concibe la dificultad que hubo para aceptarla.

Dos miembros de la corte suprema, que lo eran al mismo tiempo del senado, combatieron esa idea con mucho empeño i enerjía.

Uno de ellos, presidente de la corte suprema, tachó el proyecto de impracticable, por cuanto los jueces no podian sujetarse a sus preceptos, por hallarse agobiados de trabajo; i de inconstitucional, por cuanto no se habian dictado todavía la lei de organizacion de los tribunales i la de administracion de justicia, determinadas por la constitucion de 1833.

Despues de un esforzado discurso, concluyó proponiendo, en la sesion de 27 de setiembre de 1848, que se

suspendiese la discusion del proyecto impugnado hasta que se sancionasen las leyes referidas.

Don Andres Bello le contestó en la misma sesion:

«Mui graves i fuertes son las razones expuestas por el honorable señor senador, presidente de la corte suprema; pero la proposicion que somete a la resolucion de la cámara, importa lo mismo que negar la aprobacion al proyecto. Eso, i no otra cosa, significa pedir que se suspenda la discusion hasta que se dicten dos leyes de que no se trata actualmente, leyes que son obra de largas meditaciones i trabajo. Si este fuera motivo bastante para que se suspendiese el exámen de este proyecto, lo sería tambien para que, durante una larga época, no se tomase en consideracion ningun proyecto sobre la cosa mas insignificante i fácil de remediar relativa a la administracion de justicia. He dicho que son mui graves i fuertes las razones del señor senador preopinante; pero ellas no obstan para que el proyecto se apruebe en jeneral. Cuando llegue la discusion particular, pueden tomarse en cuenta las objeciones hechas i efectuarse las enmiendas que se estimen necesarias.

«Se ha dicho que el proyecto no es conforme a la constitucion, porque un artículo de ella dispone que, miéntras no se dicte una lei de organizacion de tribunales, debe subsistir el actual órden de administracion de justicia. Si esto fuera así, ¿cómo es que se han dictado varias medidas parciales relativas al mismo asunto, sin que nadie haya creído que se hubiera infrinjido la constitucion? ¿Por qué, pues, ha de ser inconstitucional este caso puramente? Yo mismo entraré en varias consideraciones cuando se trate de este proyecto en particular. Me parece, sin embargo, que, en la exposicion de

las dificultades que se presentan para llevarlo a efecto, se ha cargado la mano; i la razon en que me fundo, es que conozco muchos países donde se procede en la forma indicada, no solo de Europa, sino de América. Entre las repúblicas americanas, citaré la Nueva Granada; allí no es un análisis el que se hace, sino la exposicion de los hechos controvertidos; lo mismo sucede en Venezuela, sin que por esto se haya entorpecido la administracion de justicia. Al contrario, parece que ha recibido un impulso notable. Este mismo modo de proceder es el de los tribunales de Francia, cuyas resoluciones son un modelo de jurisprudencia.

«Volviendo al asunto que nos ocupa, yo accederia de mui buena gana al deseo del honorable señor senador, si hubiese probabilidad en el despacho de esas leyes, o si viese que se trabajaba con teson en ellas. Pero, si durante la larga época que han de demorar, no se hace nada, nuestra condicion no es ciertamente envidiable. Por lo mismo, es necesario hacer mejoras parciales. Así se ha hecho siempre, i así es tambien la marcha del jénero humano. Jeneralmente se principia por ensayos; se ve el resultado; i si éste llena el espíritu que se proponen las leyes, se adopta la reforma. De este modo, todo se facilita i arregla, miéntras que, si se variase por completo la administracion de justicia, se hallarian grandes dificultades, i se cometerian quizá errores, que solo el tiempo descubre. Mejoras de esta especie son indispensables, i en nada infrinjen la constitucion.

«Me parece, pues, que ni la constitucion se opone a las reformas parciales en la administracion de justicia, ni tampoco son tan graves los inconvenientes, como han parecido al señor senador preopinante. Él es un juez

irrecusable en materia de práctica i sobre puntos legales; pero, cuando se trata de una teoría, me atrevo a creer que su dictámen a este respecto no es el mas seguro. Pudiera ser mui bien que, por el recargo de trabajo, se le presentaren inconvenientes i dificultades que en realidad no existan en tan alto grado, si examinamos detenidamente el proyecto.

«El señor senador ha emitido un voto sobre la publicidad de la prueba i de los procedimientos judiciales; pero hasta ahora no se ha hecho mas que emitir votos estériles en el asunto. El gobierno ha ejecutado todo lo posible a este respecto, pero desgraciadamente se avanza mui poco. En tal estado, es preciso que nos fijemos en mejoras parciales para ir arreglando poco a poco el órden de procedimientos i para acercarnos a la perfeccion. Ya es tiempo de realizar las mejoras que exije el estado del país. Por lo mismo, concluyo repitiendo que, para tomar en consideracion detenidamente las dificultades propuestas de un modo luminoso, pero no convincente, creo necesario que se adopte el proyecto en jeneral, reservándose para la dicusion particular las enmiendas que demande este asunto.»

El proyecto fué aprobado en jeneral.

Las opiniones de don Andres Bello en la discusion particular, están expuestas compendiosamente en los estractos de las sesiones del congreso, que paso a copiar.

SESION DE 12 DE JULIO DE 1850.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se leyó el proyecto sobre el modo de fundar las sentencias; i se puso en discusion particular el inciso 1.° del artículo 1.°, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 1.°—*Los jueces i tribunales, al tiempo de fallar, fijarán i resolverán separadamente las cuestiones de hecho o de derecho que la cuestion o pleito sometido a su discusion presente.*

El señor Echévers.—Señor: esas palabras *al tiempo de fallar*, las encuentro yo de mas, porque las cuestiones de hecho i de derecho que son dependientes de la cuestion principal, se fallan ántes. Por eso, me parecen impropias las palabras de que usa el artículo *al tiempo de fallar.*

El señor Vial Fórmas.—En todo juicio, por lo regular, o se ventila una cuestion de derecho, o una cuestion de hecho a que se debe aplicar el derecho. Para que el tribunal pueda proceder con tino, necesita primero conocer cuáles son los hechos establecidos. Si éstos no se conocen, es imposible que pueda proceder con acierto. Esto es lo que exije precisamente el artículo: que el tribunal deberá fijar primero la cuestion de hecho; despues, segun lo que resulte de las pruebas rendidas, aplicarle el derecho. Sin hacer la division de estos dos diferentes puntos, sin hacer primero esa calificacion, es imposible que pueda aplicar con exactitud el derecho. Podria suceder que un juez, en vista de tales antecedentes, aplicara una lei, i que, por el resultado de los autos, deberia haber aplicado una lei enteramente contraria, porque, si no se conoce el punto que se ventila, es imposible aplicar la lei. Yo creo, pues, que es absolutamente necesaria esta division, para que, conociendo el juez primero el hecho, pueda aplicar despues el derecho.

El señor Echévers.—Yo estoi mui de acuerdo con el señor senador preopinante sobre que no puede aplicarse el derecho sin establecer primero el hecho; pero me

parece que no es eso lo que dice el artículo. El artículo dice que las cuestiones de hecho se resolverán al mismo tiempo que las de derecho, porque dice que deberán fijarse i resolverse al tiempo de fallar; i yo no puedo concebir esas cuestiones dependientes de la principal en un juicio que está para resolverse.

El señor Vial Fórmas.—Supóngase, por ejemplo, que se disputa sobre la propiedad de una casa. Para probar esta propiedad, se alegan hechos que se fijan de diferente modo por cada una de las partes. ¿Qué debemos hacer en este caso? Examinar primero cuáles son los hechos en que se apoya la propiedad disputada; i fijados estos hechos, aplicaremos el derecho. Se establece primero: este es el hecho; i en seguida, la lei que le corresponde es tal. Esto es lo que dice el artículo.

El señor Echévers.—Expondré dos palabras. En el mismo caso que propone el señor senador preopinante, la tramitacion es, como debe ser, una sola: fijar el hecho i establecer el derecho sobre que deba recaer la resolucion. Pero no es eso lo que dice el artículo: *fijarán i resolverán separadamente las cuestiones de hecho i de derecho*, es decir, la cuestion de hecho independientemente de la de derecho. Yo no puedo concebir esto, porque la resolucion debe recaer precisamente sobre un hecho a que debe aplicarse el derecho.

El señor Bello.—A primera vista, parece que podria quitarse toda duda omitiendo la palabra *resolverán*, i conservando la palabra *fijarán;* pero fijar las cuestiones sin resolverlas no parece propio. Yo concibo, segun la exposicion del señor Vial Fórmas, que pueden mui bien en una cuestion envolverse dos: la cuestion del hecho i la del derecho. No confío en mi dictámen, porque me

falta el auxilio de una larga práctica forense, como la tienen los señores senadores preopinantes. Someteré, por consiguiente, a la cámara mis observaciones con desconfianza. Yo concibo que, en el caso del ejemplo propuesto anteriormente en que se ventila la propiedad de una casa, no se reconoce por una parte de los jueces la existencia del título, i por la otra parte se admite la existencia de ese título, el de compra, verbigracia, pero se disputa sobre su validez. Habrán entónces de resolverse dos cuestiones: una de hecho i otra de derecho. Si se alegase prescripcion, pudiera recaer la controversia sobre cada uno de los requisitos necesarios para constituirla: sobre si hai título, sobre si hai buena fe, sobre si ha sido o nó interrumpida la posesion, etc. Hé aquí otras tantas cuestiones que es necesario resolver separadamente, para que pueda fallarse si tiene lugar o nó la prescripcion. Para llegar a este resultado, ha sido preciso fijar, no solo un hecho, sino varios, i decidir talvez, no solo una, sino varias cuestiones de derecho relacionadas con ellos.

Yo considero este artículo utilísimo, por cuanto analiza la cuestion principal, poniendo a los jueces en camino para decidir con facilidad el punto litijioso, i porque tambien es un medio de evitar la diversidad de opiniones, que muchas veces proviene de querer emitir un juicio completo sobre una cuestion que realmente se compone de muchas. Sometiendo mis observaciones al juicio mas ilustrado de los señores senadores preopinantes, juzgo que esta primera parte del artículo debe quedar en los términos en que se halla concebida.

El señor Vial Fórmas.—Señor: si el artículo solo contuviera la calificacion de los hechos sin resolverlos separadamente, nada quedaria sentado acerca de cada



uno de ellos; i entónces sería mui difícil la aplicacion de las leyes. Pero, desde que el tribunal califica i decide cada uno de esos hechos, la aplicacion de las leyes es mucho mas fácil.

Sometida a votacion la primera parte del artículo, fué aprobada por catorce votos contra uno. Las cuatro partes restantes del mismo artículo lo fueron a continuacion por unanimidad sin debate alguno.

SESION DE 26 DE JULIO DE 1850.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se pasó a tratar en particular del proyecto relativo al modo de fundar las sentencias, i se puso en discusion el inciso adicional al artículo 1.° propuesto por el señor Vial Fórmas, cuyo tenor es el que sigue:

Toda decision de la mayoría sobre cualquiera de las cuestiones de hecho o de derecho que se susciten, deberá ser adoptada por todos los miembros del tribunal (aun los que hayan emitido voto contrario) como un antecedente incontrovertible para la decision de las otras cuestiones parciales i para la decision final de la causa.

EL SEÑOR VIAL FÓRMAS.—Voi a manifestar, señor, los fundamentos que he tenido presentes para agregar a este artículo el inciso que acaba de oír la cámara. Por el artículo 1.°, se establece que el tribunal ha de resolver separadamente las cuestiones de hecho i de derecho que se presenten; i en el inciso que ahora propongo, se dice que todas estas decisiones del tribunal sobre cada uno de los puntos se consideren como un antecedente incontrovertible para la decision de la causa principal.

Si no se adoptara este arbitrio, no se conseguiria nin-

guno de los efectos que deben obtenerse por medio de este proyecto. Supongamos, por ejemplo, que se ventila una cuestion sobre la propiedad de una casa, i que uno de los litigantes sostiene haberla adquirido por prescripcion. En este caso, es necesario examinar cada una de las circunstancias que se requieren para constituir una verdadera prescripcion: si ha habido buena fe, justo título, si la posesion ha sido continua, etc. Todas estas son cuestiones de hecho, que deben someterse a la decision del tribunal. Si se hubiera de resolver la causa principal sin decidir ántes separadamente todas estas cuestiones, podria suceder mui bien que la resolucion fuese contraria a la verdad de los hechos, contraria a la opinion del mismo tribunal, i contraria, en fin, a la justicia, porque uno de los miembros del tribunal creyese que no habia prescripcion por no haber habido buena fe, otro por no haber justo título, etc. Cada una de estas opiniones sería única; pero, faltando cualquiera de estos requisitos, la prescripcion no existe, i por consiguiente la resolucion del tribunal sería que no habia prescripcion, al paso que, sometiendo separadamente a votacion cada una de estas cuestiones, sucederia talvez que tres miembros del tribunal votasen por que habia buena fe, tres porque habia justo título, etc., de manera que, sometido cada uno de estos hechos a la mayoría del tribunal, la decision sería que habia prescripcion, resolucion enteramente contraria a la que se habria adoptado en el otro caso.

Este es, pues, el objeto que se propone el artículo sancionado ya: que se resuelvan separadamente las cuestiones de hecho i de derecho que se presenten; i si despues de resueltas, no se adoptara el arbitrio que propongo en este inciso, no habria producido ningun resultado

favorable. Creo, pues, que es indispensable adoptar el inciso que he propuesto para que este artículo produzca todo su efecto.

El señor presidente Benavente.—Yo encuentro, señor, que el inciso, en último análisis, no viene a decir mas, sino que la opinion de la mayoría deberá prevalecer siempre sobre la minoría, es decir, que, al resolver la cuestion principal, la minoría deberá adoptar la opinion de la mayoría, lo que no es una cosa nueva, sino mas bien una explicacion de lo que se ha dicho ya en este artículo.

Entrando en este momento el señor Bello a tiempo que se iba a proceder a votacion, el señor presidente hizo una exposicion de lo que se estaba tratando; i en seguida, aquél pidió la palabra.

El señor Bello.—No sé si alguno de los señores senadores preopinantes haya hecho alguna observacion al inciso propuesto por el honorable señor Vial. Yo creo que esta adicion es de la mayor importancia. Un tribunal, al considerar una cuestion compleja, debe resolver separadamente las cuestiones particulares que están envueltas en la principal; i si estas resoluciones parciales no hubieran de respetarse al fallar la causa principal, en cierto modo habria sido inútil el análisis de las diferentes cuestiones decididas previamente por el tribunal. Por consiguiente, me parece que es mui conveniente agregar este inciso, no solo como explicatorio del artículo segun se ha dicho en la sala, sino tambien como necesario para que ese artículo produzca todo su objeto. Por medio de un ejemplo, será mas fácil explicar la conveniencia o necesidad de agregar este inciso. Acaso me expongo a repetir lo que se ha dicho por el honora-

ble señor Vial, con quien he conferenciado varias veces sobre este asunto, i por consiguiente participamos quizá del mismo modo de pensar. Voi a citar el mismo ejemplo que otra vez se ha puesto. Supóngase que se ventila la cuestion de si tal individuo ha ganado o nó por tiempo, o como dicen los jurisconsultos, por usucapion, la propiedad de una cosa. En este caso, probablemente habria que resolver varias cuestiones particulares que están incluidas en la principal, verbigracia: ¿ha poseído el tiempo que requiere la lei para usucapir? ¿ha sido interrumpida su posesion? ¿ha habido justo título i buena fe? ¿era la cosa prescriptible? Todos estos requisitos son necesarios para usucapir. Se decide por el tribunal, verbi gracia, que el individuo que pretende haber ganado la cosa por usucapion, tiene efectivamente un título no vicioso, el título que llaman los jurisconsultos justo o colorado. Sentada esta base, se pasa luego a decidir la cuestion principal: ¿este individuo ha adquirido o nó el dominio de la cosa por el lapso del tiempo? Aquellos miembros del tribunal que han creído que no habia usucapion por la circunstancia de considerar la posesion viciosa, habiéndose resuelto separadamente estas diversas cuestiones, deberán someter su opinion a la mayoría del tribunal; i el resultado será declarar al poseedor su derecho en la cuestion principal. Imponiendo, pues, a los miembros del tribunal, la obligacion de aceptar las mismas bases que la mayoría ha establecido al resolver estas cuestiones, la consecuencia necesaria será que la mayoría de los miembros del tribunal, o talvez su totalidad, estén conformes en la decision de la cuestion principal. Este es el objeto del inciso que con mucha oportunidad ha sido propuesto por el señor senador Vial, i

que está conforme tambien con la opinion del autor mismo del proyecto, con quien he consultado esta materia, i me ha dicho que creia mui conveniente que se agregara a este artículo el inciso que se está discutiendo.

Puesto en votacion el inciso agregado por el señor Vial Fórmas, fué aprobado por unanimidad.

Sometido a segunda discusion el artículo 2.° del mismo proyecto, fué aprobada por unanimidad su primera parte.

Sometida a discusion la segunda, se leyó la enmienda propuesta por el señor Bello, cuyo tenor es el que sigue:

En los demas casos de empate sobre alguna de las cuestiones de hecho o de derecho que ha de resolver el tribunal, se le agregará un juez, i se procederá de nuevo a la resolucion del punto de que se trata.

El señor Bello.—Señor: este inciso se refiere solamente al caso de empate. El empate puede ocurrir sobre cualquiera de las cuestiones en que se divide la cuestion principal. Supongamos que el tribunal se compone de un número par de miembros. Dos de ellos están por una opinion, i dos por otra. Si fuera causa criminal, en virtud del inciso primero, estando perfectamente conformes las opiniones de cada mitad del tribunal, se deberá adoptar la opinion que fuere mas favorable al reo. Pero en las causas civiles, no se hace así. En ellas, debe decidirse precisamente por mayoría absoluta de sufrajios. Suponiendo que el tribunal se compone de cuatro miembros, dos de los cuales están por una opinion i los otros dos por otra, en este caso me parece que el arbitrio mas sencillo es llamar un juez de afuera que, debiendo adoptar precisamente alguna de las opiniones en que está dividido el tribunal, forme mayoría.

Puesta en votacion la enmienda propuesta por el señor Bello, fué unánimemente aceptada.

Pasándose a considerar la parte tercera del mismo artículo, se leyó igualmente la propuesta por el señor Bello para sustituirla, cuyo tenor es el que sigue:

Siempre que sobre alguna de dichas cuestiones hubiere dispersion de votos, cada una de ellas será sometida separadamente a votacion; i si todas ellas fueren rechazadas por la mayoría absoluta del tribunal, se llamará para la resolucion del punto a tantos jueces cuantos en el concepto del tribunal sean necesarios para obtenerla.

EL SEÑOR BELLO.—En el proyecto orijinalmente pasado a la cámara, se han considerado dos casos diferentes: aquéllos en que habia mayoría respectiva con igual número de votos, i aquéllos en que no habia mayoría respectiva; verbigracia, en un tribunal compuesto de cinco miembros, dos de ellos votaban en favor de una proposicion, otros dos en favor de otra diferente de la primera, i el quinto votaba en favor de una tercera entidad. En este caso, se nota una diferencia respecto del otro en que tres miembros del tribunal votan en favor de tres proposiciones distintas i los otros dos en favor de otra proposicion. A mí me ha parecido que no era necesario entrar en estas diferencias; i que, sometiendo en caso de dispersion de votos separadamente a votacion cada una de las opiniones que dividen al tribunal, el resultado será producir una mayoría; pero, si no resultare mayoría, se llamará a tantos miembros de afuera cuantos sean necesarios para producirla, dejando a la decision del tribunal el número de jueces que deben venir. Si éste cree que basta uno solo, llamará uno solo; si dos, dos, etc. Por otra parte, si se fijan los señores senadores en

que esta lei va a ser aplicada por un tribunal compuesto de personas, como las que afortunadamente tenemos, juiciosas, imparciales i deseosas de desempeñar la administracion de justicia del modo mas conveniente al interes público, puesto en ejecucion el artículo 1.° con el inciso agregado por el honorable señor Vial, casi se puede decir que rarísima vez ocurrirá el caso de dispersion de votos.

Debo ademas hacer notar una cosa. En el proyecto orijinal, se pone al juez en la necesidad de adoptar alguna de las opiniones, de las cuales ninguna ha obtenido la mayoría del tribunal; verbi gracia, el tribunal se compone de cinco miembros, dos miembros deciden la cuestion de un modo, otros dos la deciden en un sentido diverso, i el quinto opina por una tercera entidad diferente de las anteriores. En este caso, segun el proyecto orijinal, este último juez se ve en la necesidad de someter su propia opinion, no ya a la mayoría del tribunal, sino a la de dos miembros. El arbitrio que yo propongo, es para que un miembro no se vea jamas en el caso de hacer ese sacrificio a un número de jueces que no forman mayoría en el tribunal. El arbitrio propuesto en el proyecto orijinal no me parece malo; i prueba de ello es que, en una de las naciones mas sabias, la Francia, se hace así. Allí el quinto miembro se veria en la necesidad de optar por una de las dos opiniones, ninguna de las cuales ha obtenido la mayoría del tribunal, porque, siendo uno solo, se le obligaria a elejir entre las opiniones que hubiesen obtenido mayor número de votos. Pero, como quiera que sea, no se hace el sacrificio a la mayoría absoluta del tribunal, sino únicamente a la mayoría respectiva. En el artículo que yo propongo,

quito esta especie de escrúpulo que pudiera ofrecerse a las conciencias delicadas. Muchos jueces dirian con cierta plausibilidad:—¿Por qué he de someter mi opinion a la de dos miembros del tribunal? Si éstos formaran la mayoría absoluta, yo deberia sin duda hacer este sacrificio; pero, desde que solo componen una mayoría relativa, no me hallo en este penoso deber.—Para quitar esta especie de escrúpulo, que pudiera poner embarazos a algunas conciencias delicadas, he propuesto este inciso bajo la nueva forma que ha oído la cámara.

Puesta en votacion la modificacion hecha por el señor Bello, resultó aprobada por unanimidad. Sometidas a discusion las partes cuarta i quinta del referido artículo, i considerada por la sala la presentada por el señor Bello para sustituirla, el señor presidente observó que, habiéndose adoptado las modificaciones anteriores hechas por el señor Bello, era superfluo el trámite que proponian estas dos partes del proyecto orijinal, i que bastaba adoptar la propuesta por el señor Bello, la que fué aprobada por unanimidad, siendo su tenor el que sigue:

El procedimiento que prescriben las reglas 2.ª i 3.ª, se repetirá siempre que se presentaren las circunstancias que dichas reglas mencionan.

SESION DEL 31 DE JULIO DE 1850.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se puso en discusion particular el artículo 3.° del proyecto sobre el modo de fundar las sentencias, i se leyó la enmienda presentada por el señor Bello, cuyo tenor es el que sigue:

Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas, la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de unas i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia.

El señor Bello.—Señor: por esta enmienda no se hace mas que agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas, porque es sabido que todo juzgamiento se decide primero por las leyes vijentes del país; i que, si se presenta algun caso sobre el cual no haya alguna disposicion expresa, se recurre entónces a la costumbre, que, por tener todos los requisitos necesarios, haya adquirido fuerza de lei. Pero puede ofrecerse otro caso, mas raro aun que aquél en que falte lei expresa, a saber, uno en que no haya tampoco esa costumbre con fuerza de lei. En tal caso, no habria mas arbitrio que fallar segun los principios de la razon natural. En el proyecto orijinal, se dice que debe resolverse segun una disposicion legal; pero, como ésta puede faltar en muchos casos, he creído necesario hacer esta agregacion para determinar la regla a que deben sujetarse los tribunales en sus procedimientos.

Sometido a votacion este artículo, fué aprobado por unanimidad con las enmiendas propuestas por el señor Bello.

Puesto en discusion el artículo 4.° del mismo proyecto, fué aprobado unánimemente.

Se puso en discusion el artículo 5.°, que dice:

La sentencia definitiva que no se hubiere extendido en la forma que prescribe el artículo 3.°, es nula. El recurso que en este caso se establece queda sujeto a todas las reglas establecidas por la lei de 1.° de marzo de 1837.

El señor Bello.—Yo concibo que este artículo es ne-

cesario, sea bajo la forma en que está concebido, sea bajo cualquiera otra, para dar valor a las disposiciones de la lei, porque, si la sentencia se hubiera expedido faltando a las reglas prescritas por la lei, i sin embargo esa sentencia fuera válida, habria sido inútil dictar tal lei. Este artículo es, por lo tanto, la sancion penal de las disposiciones anteriores. Talvez pudiera presentarse bajo una forma mas satisfactoria; pero yo creo que se necesita de un artículo que ordene que la sentencia que no se conforme a las reglas que se han dado sea nula. De otra manera, mejor habria sido no haberlas dictado. Estas reglas se han hecho para la seguridad de los derechos individuales; i si, faltando a ellas, tuviera, sin embargo, valor la sentencia, ¿cuál sería la proteccion que esta lei habria concedido a los derechos de los particulares? Así me parece que este artículo, sea bajo esta forma, sea bajo cualquiera otra, es absolutamente necesario para que la lei produzca todo su efecto.

El señor presidente Benavente.—Al retardar la discusion de este artículo, he querido llamar la atencion de la cámara sobre dos dificultades que se me ofrecen, i que talvez procedan de la falta de intelijencia en la materia; pero que debo exponer a la sala: 1.ª Faltando los jueces a las reglas establecidas en esta lei, la sentencia es nula, i esta nulidad viene a recaer en las partes que no han podido ser responsables por las faltas de los jueces, ocasionándoles nuevos costos para perseguir su derecho; 2.ª En caso de ser la corte suprema la que falta a estas reglas, ¿qué autoridad será la que conozca de esta nulidad? Estas son las dos dificultades que se me ofrecen. No es esto oposicion al artículo. Es una duda, i talvez infundada.

El señor Bello.—El segundo de los motivos que ha expuesto el señor presidente, me parece mui fundado; i seguramente es una dificultad que será preciso salvar. En cuanto al primero, confesaré que no encuentro ninguna fuerza en él, porque, si tuviera alguna, ésta sería extensiva a todos los recursos de nulidad, puesto que en todos ellos se ocasionan a las partes costos i molestias. Me parece que esta razon prueba demasiado; i que, si hubiera de tener efecto, sería necesario destruir todos los recursos de nulidad, porque a todos ellos se aplica la razon alegada por el señor presidente.

Por otra parte, estos recursos de nulidad tienen por objeto protejer los intereses de los litigantes, asegurándoles la recta administracion de justicia. Esto sentado, es necesario que las partes hagan esos costos a fin de obtener una sentencia que no sea contraria a sus derechos. Existen, pues, en favor de esta nulidad los mismos motivos que en favor de las demas nulidades, es decir, la recta administracion de justicia.

Confesando, pues, que el segundo de los motivos expuestos por el señor presidente es fundado, considero que el primero no tiene fuerza.

El señor presidente Benavente.—No insistiré, señor, porque confieso que no entiendo esta materia. Sin embargo, haré presente que estas nuevas nulidades son de una naturaleza distinta de las anteriores. Hasta ahora, las nulidades proceden de haberse faltado a los trámites de un juicio, verbigracia, por no haberse dado audiencia a la parte, o no habérsele citado; pero la nulidad que ahora se establece procede de no haber observado los jueces las reglas que se les dan por esta lei. Si a consecuencia de no habérseme oído en un juicio, la sentencia

que se da es nula, parece mui natural que yo siga haciendo los costos necesarios hasta obtener una sentencia conforme a mis derechos que habian sido desatendidos; pero que, porque un juez contravino a las reglas que se le han impuesto para fundar las sentencias, venga yo a pagar esta falta, i haga nuevos costos para obtener una segunda sentencia válida, esto no parece justo. No creo, pues, que esta sea una forma tan protectora de los derechos individuales; i pienso que, léjos de darles una garantía, no hace sino ocasionarles nuevos costos. Pero, al fin, esto será por no entenderlo. En consecuencia, someto mi juicio a la mayoría mas ilustrada de la cámara.

En cuanto al segundo punto de que se ha hecho mérito en esta discusion, es precisamente el que ménos fuerza me hace, porque, no conociendo, sino de ciertas causas que no ha sido posible resolver en las otras cortes, como son las de hacienda i otras, así qué éstas se concluyan, la corte suprema quedará reducida a conocer de las sentencias nulas en última instancia.

El señor Vial Fórmas.—Señor: se ha reconocido, como no ha podido dejar de hacerse, que la falta de órden o método en el fundamento de las sentencias, ha producido fatales consecuencias, porque, sin separar las diversas cuestiones que pueden envolverse en la principal, se decide muchas veces quizá sobre hechos que ni aun se han considerado. Por medio de este proyecto, se han querido evitar todos estos males. Así los jueces deben ahora distinguir las diversas cuestiones de hecho i de derecho para decidir con claridad los negocios que se ventilan, i determinar el verdadero punto cuestionable, para que, despues de todo esto, se apli-

quen las leyes con exactitud. Todo esto contribuye, no solo a asegurar la recta administracion de justicia, sino tambien a evitar la diverjencia de opiniones de los jueces en el pronunciamiento de la sentencia. Es, pues, esta lei de la mayor importancia.

Por otra parte, nada hai mas interesante, nada que debamos procurar tanto por todos los medios posibles, como la exacta aplicacion de las leyes a las diversas cuestiones que se presentan. Supóngase que se suprimiera este artículo. Entónces el tribunal podria hacer o nó esta aplicacion, sin que por eso dejase de ser válida su sentencia. Así este artículo, es, como ha dicho mui bien el honorable señor Bello, la sancion penal de esta lei. Él es la única garantía que hai de que el juez cumplirá con la lei; i por tanto, en ningun caso, estaria yo conforme con que se suprimiera. Convengo con el señor Bello en que es necesario salvar la indicacion hecha por el señor presidente relativa al caso en que la corte suprema fuese la que cometia esta falta, estableciendo el tribunal que haya de conocer de estas nulidades; i para que no perdamos el tiempo inútilmente, pues sería mui difícil que se hiciese esto sobre tabla del modo mas conveniente, podria encargarse el mismo señor presidente de presentar una nueva redaccion de este artículo en la sesion inmediata.

El señor Bello.—Yo creo, señor, que puede ocurrir mui bien el inconveniente expuesto en segundo lugar por el señor presidente; i que, para salvarlo, sería necesario otro proyecto de lei, o entrar en digresiones que no son del caso, porque me parece que no se podria ocurrir de otra manera a este inconveniente, sino estableciendo un tribunal que solo conociera de las causas

de nulidad. En todo país, la corte de casacion, o corte de nulidad, no conoce de otra especie de causas, precisamente para evitar el inconveniente que ha indicado el honorable señor presidente. Me parece que sería preciso hacer esta reforma en la corte suprema, porque la facultad de conocer de las nulidades es incompatible con la facultad de administrar justicia en primera o segunda instancia. Yo doi mucho valor a este inconveniente; pero, para evitarlo, no me parece suficiente una nueva redaccion o la agregacion de un artículo. Sería necesario un proyecto de lei que determinara quién haya de conocer de las causas de que ahora conoce la corte suprema, como tribunal que no es de nulidad, sino de primera o segunda instancia. Este es un grande inconveniente. En cuanto al primero, yo creo que, a pesar de las razones aducidas en contra del artículo, es necesario conservarlo, porque es la única garantía de la separacion de las diversas cuestiones que puede haber envueltas en la principal, i porque esta resolucion por separado es un medio facilísimo de precaver la dispersion de votos; es un medio de salvar los escrúpulos de las conciencias delicadas, sometiendo su opinion a la mayoría del tribunal; i puesto una vez en práctica, se evitará en gran parte la necesidad de llamar jueces de afuera. Talvez podria asegurarse que no se presentará este caso en muchos años.

Yo creo, pues, que este artículo es la garantía mas preciosa que hai de que los jueces no infrinjirán las reglas establecidas por esta lei; i que esto es mas importante aun para los intereses de los particulares, que los costos o demoras que pudiera acarrearles una sentencia nula.

El señor presidente Benavente.—Ya he dicho ántes,

i repito ahora, que no hago oposicion a este artículo. Solo he querido exponer las dudas que sobre él se me ofrecian. Convengo en que la reforma que haya de hacérsele no sea materia de esta lei. Podria aprobarse por ahora el artículo i nombrar una comision que, o presente un nuevo proyecto, o redacte este artículo, como lo hallare mas conveniente.

Puesto en votacion el artículo, fué aprobado por unanimidad, nombrándose a los señores Bello i Vial Fórmas para que formasen la antedicha comision, con lo cual se suspendió la sesion.

El 13 de junio de 1851, don Manuel Camilo Vial Fórmas expuso ante el senado que el proyecto de lei sobre el modo de acordar i fundar las sentencias era enteramente distinto del otro referente a la organizacion del tribunal que debia conocer de las nulidades cometidas; que la comision nombrada para preparar este segundo proyecto habia encontrado algunas dificultades para redactarlo; i que lo presentaria luego que reuniese los datos necesarios al efecto.

El senado resolvió por unanimidad remitir el proyecto relativo al modo de acordar i fundar las sentencias sin mas dilacion a la cámara de diputados, donde se aprobaron las enmiendas introducidas en él, llegando a ser lei de la república.

Don Andres Bello continuó patrocinando todas las medidas tendentes a promover i asegurar la recta administracion de justicia.

Véase la manera cómo saludó la publicacion de la *Gaceta de los Tribunales* en el número 585 de *El Araucano* de 5 de noviembre de 1841.

«Nos es altamente satisfactorio observar que el espíritu de actividad i mejora que anima al gobierno, parece haberse infundido en los demas ramos del servicio público. La administracion de justicia, mas lenta de ordinario, en todos tiempos i en todos países, para entrar en la via de las reformas, ha hecho ya bastantes progresos entre nosotros, i continúa haciéndolos en beneficio comun. Nos toca ahora señalar a la gratitud de nuestros conciudadanos un paso importante i trascendental en este jénero que acaba de dar la ilustrísima corte de apelaciones: como tal, tenemos un acuerdo que recientemente ha tomado i puesto en ejecucion, de llevar un rejistro diario de todos sus actos, procedimientos i decisiones, redactado tambien diariamente por uno de sus miembros, i firmado por todos ellos, sin perjuicio del antiguo rollo de las sentencias, llevado por el escribano de cámara, que deberá ser continuado. Por este medio sencillo i sistemado, las partes i sus abogados se hallarán en el caso de conocer a primera vista los progresos de la tramitacion de sus causas o los motivos que la impidan. Se conocerá asimismo de donde provienen el entorpecimiento o la demora, para poner oportuno remedio; i la exactitud e imparcialidad de los jueces quedarán a cubierto contra toda mala imputacion o sospecha. El diario de la corte servirá ademas de duplicado de las sentencias, para el caso de la pérdida del orijinal de ellas; i entre otras ventajas que sería largo enumerar, debe considerarse en nuestro concepto, como un paso avanzado hacia la mayor publicidad de los procedimientos judiciales, i verdadera salvaguardia de todas las libertades i de todos los derechos.

«Con semejante paso, coincide felizmente la publicacion

que entendemos debe principiarse en estos dias con el título de *Gaceta de los Tribunales*, periódico semanal consagrado a la administracion de justicia, i que, mediante el laudable celo de sus redactores, no dudamos que contribuya poderosamente a infundir en el público nuevas ideas, i nuevas luces en la materia, i aquel vivo interes con que debe mirar a los majistrados i sus arduas cuanto importantes tareas.

«No debemos dejar esta materia, sin hacer mencion de la lei que se rejistra en nuestras columnas de este dia, estableciendo la junta revisora de los trabajos terminados i presentados al congreso por la comision de códigos. Una parte de ellos ha visto la luz pública; i admitidos ahora a nuevo exámen i a nuevas conferencias entre la comision primitiva i la nueva junta revisora, es de esperarse que estos trabajos alcancen aquella perfeccion a que es dado aspirar en asunto de tanta gravedad i complicacion, para que puedan ser definitivamente sometidos a aquel último fallo que solo puede dar la experiencia de muchos i continuados años de observacion i ejercicio. Entre tanto, es tiempo sobrado de que se satisfaga a la opinion i las necesidades del siglo; que nos aprovechemos de su filosofía i sus adelantamientos; i que Chile, por demasiada lentitud o una circunspeccion mal entendida, no se quede atras de la antigua madre patria i aun de algunos estados hermanos que ya disfrutan de las grandes ventajas de tener a el alcance de todos las leyes por donde todos han de ser rejidos.

«En cuanto a la *Gaceta de los Tribunales*, no dudamos en afirmar desde luego que es uno de aquellos papeles mas acomodados al carácter i circunstancias del país, i mas propio para satisfacer sus primeras necesidades. Un

carácter positivo i sólido, como el de los chilenos, solo puede acomodarse con lo que es de verdadera i conocida utilidad, i que se halle por ahora a el alcance del mayor número de lectores; i la necesidad de una buena e imparcial administracion de justicia, es de todos los dias i de todas las circunstancias, i es principalmente de la época actual, en que se revisa i codifica nuestra antigua lejislacion, i cuando se piden por todas partes mejoras de este jénero, i aun en la organizacion fundamental de nuestros tribunales. No podia, pues, aparecer en mejor oportunidad el papel consagrado al principio a presentar prácticamente todo el sistema judicial tal cual es en sí, con la mira de su mas pronta reforma en lo sucesivo. Solo una serie de hechos i datos, como los que puede suministrar la *Gaceta*, llegarán a convencer a los mas obstinados defensores de las prácticas antiguas, acerca de la utilidad de las reformas que se propongan, al mismo tiempo que encontrarán en ellas nuestros lejisladores las bases mas seguras para juzgar con acierto i marchar con tino por un sendero casi nuevo entre nosotros.

«Dejamos, sin detenernos, la parte de estudio i observacion que deben sacar de la *Gaceta de los Tribunales* nuestros jóvenes abogados, i el canal de comunicacion de unos con otros que se les abre por medio de ella para sus investigaciones i para la resolucion de los puntos mas arduos o complicados del derecho. Ella debe dar al mismo tiempo oríjen a la formacion deseada del colejio de abogados, proporcionando, por consiguiente, a este cuerpo aquel grado de lustre e importancia a que es llamado, en nuestra sociedad republicana, desde el momento en que, reunidas sus luces i reunidos sus esfuerzos, puedan

servir a las demas profesiones, como sucede en otras partes, de verdadero modelo de independencia, moralidad i el mas perfecto decoro en su conducta privada, como en el ejercicio de su importante ministerio.

«Por último, la publicacion que nos ocupa en breve debe hacerse interesante a los que tienen asuntos que ventilar ante los tribunales, i en jeneral a todos los que no miren con indiferencia el lote que pueda caerles algun dia en sus personas i propiedades, por falta de una lejislacion clara i adecuada a las necesidades del tiempo presente, o por el contrario dictámen de los jueces o abogados encargados de decidir o representar sus derechos. I ¿quién no se halla comprendido en este número? En resúmen, lejisladores, jueces, abogados i el público en jeneral, no pueden ménos de aceptar con reconocimiento un papel destinado al esclarecimiento de los hechos judiciales, i a darles la publicidad en que todos se hallan igualmente interesados. I hé aquí una de las publicaciones que solo por el hecho de comprender i beneficiar al mayor número, debe tener necesariamente un porvenir seguro i estable, siempre que sus redactores continúen con celo i constancia la carrera emprendida, i que traten de amenizar sus graves trabajos con anécdotas i variedades provechosas i morales que llenen los deseos i exciten la curiosidad de todo jénero de lectores.»

IV

Don Andres Bello tomó parte como senador en la discusion de muchas leyes vijentes hasta ahora, entre otras, en la que determinó la exvinculacion de los mayorazgos.

El proyecto de esta lei habia sido presentado a la cámara de diputados el 30 de julio de 1845 por don Antonio García Réyes.

La cámara de su oríjen lo aprobó con algunas modificaciones, i lo remitió despues al senado.

«*Santiago, agosto 1.° de 1848.*

«Esta cámara, a proposicion de uno de sus miembros, ha tenido a bien prestar su aprobacion al siguiente

PROYECTO DE LEI:

Artículo 1.° Las vinculaciones de especie que existieren en la república, se convertirán en vinculaciones de valores.

Artículo 2.° Al efecto se tasarán los fundos i especies vinculadas por tres peritos nombrados de comun acuerdo entre el actual poseedor i el sucesor inmediato.

Los sucesores que hayan cumplido veinticinco años, podrán hacer el nombramiento de peritos i comparecer al juicio por sí mismos, sin embargo de que estén bajo la patria potestad del poseedor; el tribunal proveerá de curador a los que sean menores de veinticinco años i que estén bajo la patria potestad del poseedor, i a los que no lo tengan o teniéndolo se encuentran impedidos.

Si no se avienen los interesados, toca a la corte de apelaciones hacer el nombramiento.

Artículo 3.° Los peritos procederán de consuno a la operacion, i resolverán por mayoría de votos las cuestiones que les ocurran en el desempeño de su cargo.

Artículo 4.° Si no pudiere resultar mayoría, expondrán por separado su dictámen; i terminada la operacion, someterán sus trabajos a la corte de apelaciones, quien,

oyendo a los interesados en una audiencia verbal, acordará lo conveniente para terminar la discordia, sea elijiendo un nuevo perito que opte entre alguna de las operaciones discordantes, sea formando de las tres una suma, cuyo tercio se tendrá por el verdadero valor de la especie.

Si el desacuerdo de los peritos fuese parcial, no se verificará la operacion precedente, sino en el punto en que hubiere ocurrido el desacuerdo.

Artículo 5.° La decision de los peritos no admite mas recurso que el de nulidad del nombramiento, exclusion de especies vinculadas que debieron tasarse, o inclusion de otras que son libres, i cohecho.

De las sentencias que diese la corte sobre estos recursos, se podrá apelar para ante la corte suprema de justicia.

Artículo 6.° La tasacion de los peritos se someterá a la corte de apelaciones, quien procederá en la misma forma que en los casos de tasacion de bienes de menores que hubieren de enajenarse.

Artículo 7.° Una vez fijado el valor de la vinculacion, se deducirá de él el importe de los costos de la tasacion, i el resto quedará a censo redimible en los mismos fundos o en otros distintos, en cuanto lo permita el valor de los suelos.

Artículo 8.° El censo ganará el rédito de cuatro por ciento; i el derecho de gozarlo pasará sucesivamente a las personas que designen las respectivas fundaciones de mayorazgos.

Artículo 9.° De los bienes raíces vinculados formarán los peritos dos hijuelas, en cuanto sea posible de un valor equivalente, una de las cuales pasará, despues de hecha

la imposicion con los otros bienes vinculados que hubiere, al libre dominio i propiedad del poseedor, i la otra quedará reservada al sucesor inmediato para que tambien la adquiera en libre propiedad despues del fallecimiento del actual poseedor, reconociendo en ella la parte proporcional del censo. Si para hacer las dos hijuelas hubiere de dividirse un fundo rústico, los peritos procederán a esta division, siguiendo las indicaciones que sobre el particular les hiciere el poseedor. La designacion de la hijuela que haya de tomar el poseedor i que haya de reservarse al sucesor, la harán ambos de comun acuerdo, i en caso de no convenirse, la corte de apelaciones.

Artículo 10. Si el sucesor existente fuese el de mejor derecho entre los que pueden considerarse llamados al goce de la vinculacion, podrá desde luego, convenido el poseedor, pasar a su libre dominio o propiedad la hijuela que el artículo anterior manda reservar, reconociendo la parte correspondiente del censo a favor de la vinculacion.

Artículo 11. Los derechos que confiere la presente lei a los actuales poseedores de mayorazgos pasarán a sus lejítimos herederos, si los primeros fallecieren ántes de haber hecho la imposicion del censo, sin perjuicio de los inmediatos sucesores, a quienes pasarán los bienes vinculados.

Quedará extinguido el derecho que el presente artículo concede a los herederos del último poseedor, si no hiciere uso de él pidiendo la tasacion de los bienes en el término de los noventa dias siguientes al de la muerte de dicho poseedor.

Artículo 12. No se pagará derecho de alcabala por la

adjudicacion de los fundos, ni de imposicion por la constitucion del censo.

Artículo 13. La division de las propiedades censidas, lleva consigo la division del censo.

Artículo 14. No se da a los menores derecho de restitucion contra el auto del tribunal en que se apruebe la tasacion o la division de los bienes vinculados.

Acompaño los antecedentes.

Dios guarde a US.

MANUEL MONTT.

Ramon Renjifo,
Diputado Secretario.»

El senado nombró una comision compuesta de don Andres Bello, don Ramon Errázuriz i el prebendado don Juan Francisco Menéses para que informase sobre este proyecto.

La comision se dividió en su dictámen.

En octubre de 1848, don Andres Bello redactó el informe que sigue, el cual fué suscrito tambien por don Ramon Errázuriz; i don Juan Francisco Menéses presentó otro diferente.

INFORME DE LA COMISION DE LA CÁMARA DE SENADORES

sobre el proyecto de lei aprobado por la de diputados relativo a la abolicion de vinculaciones i enmienda hecha a dicho proyecto.

La comision nombrada para informar acerca del proyecto de lei sobre mayorazgos tiene el honor de exponer a la honorable cámara que considera de urjentísima necesidad el que cuánto ántes se dicte esta lei. La comision cree que es digno de lamentarse el que se haya pa-

decido una omision tan perjudicial i por tan largo tiempo; omision que ha continuado males de mucha importancia, los que se aumentarian en escala mui subida, si mas se demorase la resolucion.

Los hijos menores de los mayorazgos que por la constitucion adquirieron la expectativa, i aun puede decirse el derecho, de ver los bienes que poseian sus padres, en estado de poderse repartir de ellos en propiedad, se ven aun privados de este beneficio por no haberse quitado las trabas del vínculo a esos fundos, dejando expedita la libre enajenacion, como tan terminantemente lo manda nuestra carta constitucional. Así habrian podido dedicar toda su industria i trabajo al cultivo i mejoramiento de ellos, dándoles un valor que jamas tendrán miéntras permanezcan como se hallan en el dia. I es tanto mas sensible esto, cuanto que esos hijos habrian logrado tales beneficios sin perjuicio alguno de los primojénitos, quienes habrian disfrutado de las pingües rentas que les hubiesen producido los valores vinculados, quedando al mismo tiempo en libertad para contraerse a la industria o profesion que mas les acomodase, i que habrian podido hacer valer ventajosamente favorecidos por esas mismas rentas. Los fundos vinculados, entrando a la libre circulacion de las transacciones, divididos i subdivididos i entregados a manos de hombres laboriosos, aumentarian incalculablemente sus valores, acrecentando de consiguiente la riqueza nacional. Los resultados de estas operaciones no están sujetos a duda, i serán de tal magnitud, que no permiten el que se considere este asunto como particular, por referirse a determinado número de personas, pues va a influir poderosamente en la prosperidad de la nacion, i por

lo tanto, deberá mirarse como de verdadero interes jeneral. Tambien ha de tenerse presente que demasiado tiempo se ha tardado ya en hacer desaparecer esa contradiccion que salta a la vista, cual es, la de nuestros principios constitucionales con la existencia de unos privilejios que sustraen inmensos terrenos a la lei jeneral.

Convencida la comision de la utilidad i necesidad de que la honorable cámara conceda su aprobacion en jeneral a este proyecto de lei, ha entrado a examinarlo parcialmente, i ha creído deber proponer algunas variaciones, que pasa a presentar por menor con las razones que las han determinado.

El artículo 1.° subsiste íntegro, como viene en el proyecto pasado por la otra cámara.

En el artículo 2.°, se hace la variacion de erijir la corte de apelaciones en tribunal especial para entender en lo que dispone esta lei, para lo cual se le agregan tres ciudadanos nombrados por el presidente de la república de entre la clase de hacendados. Formado el tribunal de este modo, ha creído la comision que presenta mas garantías para el mejor resultado de la lei, no porque la ilustrísima corte deje de prestar la mayor confianza en su probidad i saber, sino porque por este medio se le aumentan conocimientos prácticos, que no deben suponerse en sus miembros, dedicados desde su tierna edad a los estudios i al foro. Uno de los principales objetos de esta lei es que las tasaciones sean en todo lo posible arregladas i justas; i como casi todos los bienes amayorazgados consisten en fundos rurales, se va a conseguir, con la intervencion de hombres de la profesion, que a la vista de las tasaciones conozcan los

defectos de que pueden adolecer, lo que no se lograria quizas careciendo de esos conocimientos. Tambien presentarian la ventaja de que, en caso de diverjencia entre las opiniones de los peritos, puedan sin inconveniente ir a examinar el objeto de la discordia, i con un juicio ilustrado por la experiencia informar al tribunal para su resolucion.

Igualmente se encarga al tribunal el nombramiento de los peritos, porque juzga la comision que, hecho por hombres de conocida probidad, con conocimientos en la materia i con audiencia de las partes interesadas, no podrán dejar de hacerlo a satisfaccion de éstas. Pero lo que principalmente ha decidido a la comision a adoptar esta medida, es el evitar a las familias el conflicto de que se establezca entre padres e hijos una pugna de intereses al hacer estos nombramientos.

En el artículo 3.°, no se hace alteracion alguna.

En el 4.°, aunque en sustancia se dispone lo mismo que en el orijinal, se ha modificado la redaccion en consonancia a lo dispuesto en el segundo artículo.

Los artículos 5.° i 6.° permanecen íntegros.

En el artículo 7.°, se hace la innovacion de deducir la cuarta parte del total valor que resulte de las tasaciones de los bienes vinculados, i establecer el censo a favor del mayorazgo en las otras tres cuartas partes. La comision considera esta rebaja como de estricta justicia, i aun mui favorable a los vínculos. Para persuadirse de esto, véase que comunmente todos los fundos que salen a venta pública, aun cuando no sean de gran valor, bajan de su tasacion muchas veces hasta el tercio; con cuánta mas razon éstos que son de un valor tan crecido, i que por lo mismo producen ménos en proporcion. A

mas es cosa sabida que los bienes amayorazgados, hablando en jeneral, no dan de producto libre el cuatro por ciento con que se van a gravar; i de esa cuarta parte deducida, han de salir los costos de las tasaciones, que deberán ser cuantiosos. La comision tambien cree que merece alguna consideracion el que, si se hubiera hecho la avaluacion de los fundos luego que se dictó la constitucion, su valor no habria alcanzado ni con mucho a lo que deberá subir en el dia; i aunque de esta omision no son culpables los mayorazgos, i están ya en posesion de esos valores, no por eso deja de ser un hecho, el que van a lograr un beneficio de que, por un órden regular, debieron haber disfrutado los otros hermanos.

El artículo 8.° queda como se halla en el proyecto de la otra cámara.

El artículo 9.° lo suprime la comision por creerlo injusto i anticonstitucional. Injusto, porque a los hijos segundos que por la constitucion adquirieron la expectativa de entrar a poseer en propiedad los fundos vinculados, por haberse declarado libres para su enajenacion, i que por una fatal omision se ven aun privados de este beneficio, se les anularia arbitrariamente esa expectativa en la mitad de los bienes. Es contrario a la constitucion, porque ésta declaró terminantemente que las propiedades vinculadas, quedaban libres para poderse enajenar, asegurando a los sucesores el valor de ellas, i solo encomendó a la lejislatura dictase el modo como habia de quitarse esa traba del vínculo para hacer efectiva la disposicion constitucional; pero de ninguna manera le autoriza para continuar ni por un momento la prohibicion de enajenar. No puede decirse que los inmediatos suceso-

res por haber nacido ántes de haber desligado a las propiedades de la traba del vínculo, adquirieron derecho a ellas, pues cuando se dictó la constitucion existian sucesores, i sin embargo no los tomó en consideracion i declaró de hecho la libre enajenacion, con la cual quedó extinguido ese derecho. Pero, supóngase por un instante, que lo hubiesen adquirido, en tal caso lo tendrian igualmente los segundos sucesores que han nacido i los que nacieran ántes que se consume la disposicion. I entónces, ¿por qué concederles ese derecho a los unos i negarlo a los otros? ¿por qué concederlo en parte de las propiedades, i no en el todo? Esto sería proceder contra todo principio de justicia; así, para obrar en consecuencia a lo que dictan éstos, sería necesario hacer extensiva esta concesion a todos los sucesores nacidos i al todo de las propiedades, con lo que se anularia de hecho el artículo constitucional. Por esto, le parece a la comision que es insostenible lo que dispone el artículo 9.° del proyecto de la otra cámara, i por consiguiente el artículo 10, que es un suplemento de aquél.

Suprimido el artículo 9.°, entra a subrogarlo el 11 del mismo proyecto.—En este artículo, se ha hecho la modificacion de que, a la muerte del poseedor, no pasen inmediatamente los bienes al sucesor, sino hasta que se sepa que los lejítimos herederos no hacen uso de los derechos que les confiere esta lei. Para opinar así, la comision ha tenido presente que casi todos los bienes vinculados consisten en fundos rurales; que, segun toda probabilidad, los herederos harán uso de sus derechos; que solo habrá un corto intervalo entre la muerte del poseedor i el entrar éstos en la propiedad; que, en tal caso, el sucesor vendrá a poseer por mui poco tiempo; i

que son mui conocidos los muchos i grandes inconvenientes que esto trae en los fundos rurales, resultando graves perjuicios, tanto al que recibe esos fundos, como al que los entrega. En tanto que, dejando estos bienes en administracion, como *proindiviso,* habrá un administrador responsable, que dispondrá los trabajos necesarios, así de reparacion, como de produccion; que los mismos herederos podrán velar sobre esos intereses para no ser perjudicados; i que al mismo tiempo los sucesores gozarán íntegramente de las rentas que justamente les correspondan.

El artículo 10 suprimido ha sido subrogado por otro que ha dictado la comision para completar el artículo anterior.

El artículo 11 era el 12 en el proyecto de la otra cámara; el 12 tenia el número 13; i el 13 era el 14.

La comision ha agregado el artículo que se ve bajo el número 14 con el objeto de que no se prolonguen demasiado, por la falta de ejecucion de esta lei, los males que con ella se quieren remediar; i exije que el tribunal compela de oficio a los morosos para evitar este motivo de disensiones entre padres e hijos.

A consecuencia de estas razones, la comision modificó el proyecto en los términos que tiene el honor de presentarlo a la honorable cámara.

PROYECTO

Artículo 1.° Las vinculaciones de especies que existieren en la república, se convertirán en vinculaciones de valores.

Artículo 2.° Al efecto, se tasarán los fundos i especies vinculadas por tres peritos nombrados por la corte de

apelaciones establecida en tribunal especial, para los fines que se propone esta lei, en union de tres ciudadanos de la clase de hacendados, que nombrará el supremo gobierno. El tribunal procederá a este nombramiento con audiencia del actual poseedor i del inmediato sucesor.

Los sucesores que hayan cumplido veinticinco años, podrán comparecer al juicio por sí mismos, sin embargo de que estén bajo la patria potestad del poseedor, i el tribunal proveerá de curador a los que sean menores de veinticinco años i que estén bajo la patria potestad del poseedor i a los que no lo tengan o teniéndolo se encuentren impedidos.

Artículo 3.° Los peritos procederán de consuno a la operacion, i resolverán por mayoría de votos las cuestiones que les ocurran en el desempeño de su cargo.

Artículo 4.° Si no pudiere resultar mayoría, expondrán por separado su dictámen; i terminada la operacion, someterán sus trabajos al tribunal, quien, oyendo a los interesados en una audiencia verbal, i dejando constancia de los reclamos que hicieren, acordará lo conveniente para terminar la discordia, i remediar los errores que hubiere, sea elijiendo un nuevo perito que, en union de alguno de los miembros del tribunal, vaya a reconocer el objeto u objetos en que haya ocurrido el desacuerdo, o que hayan sido reclamados, para que con su informe pueda resolver el tribunal, o bien algun otro arbitrio que proporcione la exactitud de la tasacion en lo posible.

Artículo 5.° La decision de los peritos no admite mas recurso que el de nulidad del nombramiento, exclusion de bienes vinculados que debieron tasarse, o inclusion de otros que son libres, i cohecho.

De las sentencias que diere el tribunal sobre estos recursos, se podrá apelar para ante la corte suprema de justicia.

Artículo 6.° La tasacion de los peritos se someterá al tribunal, quien procederá en la misma forma que en los casos de tasacion de bienes de menores que hubieren de enajenarse.

Artículo 7.° Aprobada que sea la tasacion de todos los bienes vinculados, de su total valor, se deducirá la cuarta parte, i las otras tres cuartas partes quedarán a censo redimible en los mismos bienes raíces vinculados, o en otros distintos en cuanto lo permita el valor de los suelos. El importe de los costos que ocasionare la tasacion, se sacará de la cuarta parte deducida.

Artículo 8.° El censo ganará el rédito de cuatro por ciento anual; i el derecho de gozarlo pasará sucesivamente a las personas que designen las respectivas fundaciones de mayorazgos.

Articulo 9.° Los derechos que confiere la presente lei a los actuales poseedores de mayorazgos, pasarán a sus lejítimos herederos, si los primeros fallecieren ántes de haber hecho la imposicion; i los bienes vinculados permanecerán como *proindiviso* hasta que se hagan las tasaciones i se instituya el censo, en cuyo caso podrán los herederos disponer de dichos bienes en propiedad.

Quedará extinguido el derecho que el presente artículo concede a los herederos del último poseedor, si no hicieren uso de él pidiendo la tasacion de los bienes en el término de noventa dias, contados desde el dia en que hubiere constancia de la muerte de dicho poseedor; i el sucesor entrará en posesion de los bienes.

Artículo 10. Hecha la tasacion a peticion de los herederos del poseedor, como previene el artículo anterior, i establecido el censo, se pagarán sus réditos desde el dia en que hubo constancia de la muerte del poseedor al que le suceda en el goce del mayorazgo.

Artículo 11. No se pagará derecho de alcabala por la adjudicacion de los fundos, ni de imposicion por la constitucion del censo.

Artículo 12. La division de las propiedades censidas, lleva consigo la division del censo.

Artículo 13. No se da a los menores derecho de restitucion contra el auto del tribunal en que se apruebe la tasacion o la division de los bienes vinculados.

Artículo 14. Si a los dos años de promulgada esta lei algunos poseedores de mayorazgos no hubiesen procedido a las operaciones que ella previene para la conversion de los vínculos en valores, el tribunal, haya o nó requerimiento de parte de los interesados, deberá compelerlos al cumplimiento.

Andres Bello.—Ramon Errázuriz.

Don Andres Bello explanó, como va a verse, su opinion en el senado.

SESION DE 10 DE AGOSTO DE 1849.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se pasó a tratar en jeneral del proyecto sobre vinculaciones.

EL SEÑOR PRESIDENTE BENAVENTE.—Vino un proyecto de la cámara de diputados, i se pasó a una comision que nombró esta cámara. La mayoría de ella presentó

otro proyecto i la minoría otro. Para proceder a la discusion jeneral, es preciso que la cámara determine cuál es el que debe elejirse, a fin de tomarlo por norma en la discusion particular. Se trata de dar una lei sobre el modo de enajenar los bienes vinculados. Este es el principio sobre que debe rodar la discusion.

El señor Bello.—El señor presidente observa con mucha razon que, habiéndose presentado tres proyectos sobre esta materia, uno por la cámara de diputados, otro por la mayoría de la comision que se nombró para que informase sobre él, i otro por uno de los individuos que formaban parte de ella, parece natural que, ántes de proceder a la discusion, se fije por la cámara cuál es el proyecto de los tres presentados sobre que debe recaer el debate. Este es el mejor medio de simplificar el trabajo.

La dificultad para la cámara está en elejir uno de esos proyectos.

Yo observaré que, entre el proyecto presentado por la mayoría de la comision i el aprobado por la honorable cámara de diputados, la diferencia es comparativamente insignificante, de manera que, difiriendo apénas en los pormenores, están conformes en el principio, al paso que el proyecto presentado por el honorable señor Menéses difiere completamente de ambos. La razon es obvia. La base de los dos proyectos, el de la comision i el del honorable señor Menéses, es completamente diversa. Uno da un sentido particular al artículo 162 de la constitucion, i el otro le da una intelijencia enteramente opuesta.

La cámara recordará que, habiendo pasado este asunto a la comision para que presentara un proyecto, estuvo

enfermo durante algun tiempo el honorable señor Menéses, que era uno de sus miembros. Los miembros restantes se vieron en la necesidad de trabajar sin su concurrencia. Yo sentí mucho no haber conferenciado con el señor prebendado Menéses, porque acaso, exponiéndonos recíprocamente nuestras dudas, hubiéramos modificado nuestras ideas. Pero, al mismo tiempo, debo decir que, despues de haber leído con bastante atencion el preámbulo del proyecto presentado por el prebendado señor Menéses, no he encontrado motivos para retractar casi ninguno de los puntos sustanciales comprendidos en el proyecto presentado por la mayoría. Por mi parte, reconozco que el asunto es demasiado grave, sumamente difícil, pues se trata de conciliar intereses opuestos, i existen sobre el particular opiniones del todo diversas.

Confieso injenuamente que no tengo aquellos conocimientos locales que serian necesarios para emitir un juicio con entera confianza. Sin embargo, habiendo tenido por socio a un honorable miembro que poseia los conocimientos locales que me faltaban, puedo presentar, no diré con entera confianza, pero sí con cierto grado de probabilidad, mi opinion acerca de esos proyectos.

Convenimos con el honorable señor Menéses en la base fundamental de esta cuestion. Èl cree que lo que debe tenerse principalmente en consideracion es el artículo 162 de la constitucion, en lo cual estamos acordes. Pero esto sirve de poco, porque diferimos completamente en la interpretacion de dicho artículo. Recorreré, para manifestar mi opinion, casi palabra por palabra el artículo de la constitucion de que se trata, trayendo a colacion las opiniones del honorable señor Menéses sobre esta materia. El artículo 162 de la constitucion se

expresa en estos términos: «Las vinculaciones de cualquiera clase que sean, tanto las establecidas hasta aquí, como las que en adelante se establecieren, no impiden la libre enajenacion de las propiedades sobre que descansan, asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institucion el valor de las que se enajenaren. Una lei particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposicion.» Las vinculaciones establecidas, o las que en adelante se establecieren, *no impiden* . . . Sobre la intelijencia de ésta palabra, difiere de la mayoría el miembro disidente. Segun el proyecto del señor Menéses, esa palabra no significa quitar desde luego el impedimento para la libre enajenacion, fijando un término perentorio para que concluya ese impedimento, como lo ha entendido la mayoría de la comision, sino que esa liberacion debe dejarse a la accion lenta del tiempo, es decir que, cuando un mayorazgo quisiere enajenar un fundo, solo desde ese momento se proceda a su enajenacion con las formalidades que exije ese mismo proyecto; de manera que, segun esta idea, no se llena, en concepto de la mayoría de la comision, el objeto principal de la lei. La lei ha querido conceder un beneficio a la agricultura por medio de la division de los fundos amayorazgados, fomentar la riqueza nacional; i no puede suponerse que, al mismo tiempo que ha querido producir estos bienes, haya querido abandonarlos a la accion lenta del tiempo, a la voluntad caprichosa de los sucesores de los respectivos mayorazgos. Procediendo en esta forma, sucederia que hoi se enajenase un fundo, i de aquí a veinte años otro, de manera que, adoptando el medio propuesto por el honorable señor Menéses, se vendria a lograr el objeto de la lei con el trascurso, no

exajero, de algunos siglos. No es probable, pues, que, habiendo tenido este artículo por fundamento el deseo de aumentar la riqueza del país, fomentando la division de los fundos i su libre enajenacion, haya querido dejarse este trabajo a la accion lenta del tiempo.

Por otra parte, obsérvese, señor presidente, el modo como se expresa la constitucion, *no impiden*, desde ahora, desde el instante en que se promulga la constitucion. *No impiden* quiere decir quitar desde luego el impedimento, no dejarlo al lento trascurso del tiempo, a la voluntad caprichosa de los sucesores de los mayorazgos.

Una lei particular determinará el modo de hacer efectiva esta disposicion, dice el código fundamental, de manera que el cumplimiento de su objeto no lo deja al trascurso del tiempo, sino a la accion de la cámara. Por esto, le manda que dicte una lei particular, porque desde este momento quiere la constitucion que quede de todo punto abolido el obstáculo para la libre enajenacion.

Mi primer argumento consiste, pues, en la expresion de que se vale la constitucion, en haber hecho uso del tiempo presente, *no impiden.* Bien pudo haber dicho el lejislador, si hubiese querido lo contrario, *no impedirán.* Pero quiere que desde el mismo momento, i sin mas dilacion, quede destruido el embarazo para la libre enajenacion. Este es mi modo de pensar.

Lo que acabo de decir, es de la mayor importancia. Justamente forma el punto de diverjencia de los dos proyectos. A mi modo de ver, deberá tomarse como base para la discusion, o el proyecto presentado por la mayoría, o el de la cámara de diputados, porque ambos parten de esta

suposicion: que la intencion de la constitucion es que se quite desde luego el impedimento para la libre enajenacion, o por lo ménos, cuando se dicte la lei particular que debe hacer efectiva esta disposicion, al paso que el proyecto del señor Menéses lo deja a la voluntad de los sucesores de los mayorazgos, es decir, no quita desde luego ese impedimento para la libre enajenacion. Creo que es de la mayor importancia decidir si se fija un término perentorio para que esas propiedades vinculadas puedan enajenarse libremente; o si no, lo que mas puede suponerse es que la constitucion no ha dicho ni lo uno ni lo otro. Ese es un vacío del artículo; i en tal caso, ese vacío debe llenarlo la lei particular que se dicte para hacer efectiva la disposicion constitucional, i esta lei particular debe dictarse en conformidad con el principio que han tenido presente los lejisladores, i que no ha podido ser otro, que el interes público. Este es uno de los puntos en que diferimos.

Hai otro tambien, i no de poca importancia. Parece suponerse en el preámbulo que no puede enajenar, sino el dueño de la propiedad, o alguno que le represente, o que obre por su exclusivo interes. Es necesario confesar que nuestras leyes reconocen muchas circunstancias en que otro que el dueño puede enajenar. Así la lei puede disponer que se haga la enajenacion de la propiedad perteneciente a una persona particular, cualquiera que sea su voluntad. Por consiguiente, no es exacto el decir que no puede enajenar, sino el verdadero dueño. Puede enajenar otro, que no sea el dueño. Nuestras leyes reconocen este principio; i lo consagra la constitucion misma, que establece el derecho de expropiacion.

Por otra parte, señores, ¿cuál es el dueño de los bie-

nes vinculados? Se dice en el preámbulo que, desde que no puede enajenar otro que el verdadero dueño, solo puede hacerlo la serie de sucesores establecida por la respectiva institucion. Este principio no me parece exacto. Siento hallarme en oposicion bajo este aspecto con la doctrina del honorable autor del proyecto de la minoría, a quien respeto; pero la opinion que sostengo no es mia, es la opinion jeneral de los autores que han tratado de mayorazgos, cuyo dictámen, segun creo, es enteramente uniforme en este punto. El dominio es un derecho real que no puede existir, sino en personas reales, ya sea un individuo, ya una corporacion, ya la nacion entera. Siempre pertenece a personas reales, personas ciertas, personas naturales. Una persona incierta, un sér futuro no puede ser dueño, no puede tener dominio.

Hai un dominio pleno que comprende el derecho de enajenar, i otro dominio ménos pleno que no comprende ese derecho. Hai un dominio que se llama civil, en que el dueño no puede disponer de la propiedad, sino que se ve en la necesidad de trasmitirla a una persona determinada: este es el caso en que se hallan los mayorazgos. Los poseedores son dueños, pero dueños con dominio limitado; dueños que tienen un impedimento para enajenar, que tienen un dominio civil que no comprende el derecho de enajenar. La constitucion ha querido quitarles ese impedimento. Por eso, dice: las vinculaciones *no impiden,* etcétera, que es lo mismo que si dijera: hasta ahora el dominio de los poseedores de los mayorazgos ha sido un dominio imperfecto i limitado, que no ha comprendido la facultad de enajenar; pero, desde este momento quiero que las vinculaciones

no impidan la libre enajenacion, quiero que el dominio sea perfecto i absoluto bajo la condicion de asegurarse el valor a los respectivos sucesores. Cuando yo digo que los poseedores no son meros usufructuarios, como vulgarmente se cree, sino verdaderos dueños, me parece que no tengo necesidad de citar autores, porque esta es la doctrina jeneral. Sin embargo, citaré uno, que es el que goza de mayor autoridad en la materia, i que vale por muchos: Molina. Él dice expresamente que los poseedores son dueños, pero dueños que no pueden enajenar, porque por la institucion tienen un estorbo para hacerlo, i son obligados a trasmitir las propiedades amayorazgadas a los respectivos sucesores. Por eso, dice la constitucion *no impiden*, esto es, quito desde ahora el impedimento para la libre enajenacion. De esta observacion, se sigue que las personas a quienes la constitucion ha quitado el impedimento son los poseedores actuales, i no otros. I yo pregunto: ¿a quién se le ha ocurrido pensar que este artículo trata de conceder la facultad de la libre enajenacion a otras personas, que a los actuales poseedores? ¿a quién se le ha ocurrido pensar que la constitucion tratase de conceder esa facultad a la serie de sucesiones llamadas por la respectiva institucion? Pues esto es lo que se seguiria adoptando el proyecto del honorable señor Menéses. Yo me remito en este punto a la conciencia de los honorables señores senadores; i si me engaño, yo a lo ménos puedo afirmar que nunca se me ocurrió que la constitucion tratara de quitar a otros que a los actuales poseedores ese impedimento.

Resulta de lo dicho: 1.°, que no siempre es el dueño quien enajena, i que puede haber enajenacion contra la

voluntad del dueño; 2.°, que a los actuales poseedores, i no a otros, es a quienes la constitucion ha quitado el impedimento para la libre enajenacion; i 3.°, que, al conceder la libre enajenacion, la constitucion no puso otra traba, que la de asegurar el valor a los respectivos sucesores. Pero, en el proyecto del honorable señor Menéses, se imponen tales trabas a la enajenacion, que los compradores de estos fundos no podrian nunca considerarse como verdaderos propietarios. Sigue la constitucion diciendo que, como condicion para la libre enajenacion, se asegure a los sucesores respectivos el valor de las propiedades vinculadas; i a este respecto confieso que me ha hecho impresion el raciocinio del señor Menéses; i que, por consiguiente, creo que no debe hacerse rebaja ninguna en el verdadero valor, que sería el que resultase de la respectiva tasacion de los fundos.

He expuesto las principales diferencias entre las ideas de la mayoría de la comision i las del honorable señor Menéses. La cuestion de que ahora se trata, es, como lo ha indicado mui bien el señor presidente, cuál de esos proyectos debe escojerse para la discusion. He dicho que los dos proyectos difieren en su base; que, para elejir entre ellos, es necesario elejir entre dos bases, entre la base del proyecto de la mayoría de la comision, que fija un término perentorio para quitar el impedimento a la libre enajenacion de los bienes vinculados, i la base del proyecto de la minoría, que no fija término alguno, i que quiere se deje al lento trascurso del tiempo i a la voluntad caprichosa de los sucesores, por cuyo medio no llegaria a verificarse en siglos el objeto de la constitucion.

El señor presidente Benavente.—Veinticinco años,

he tenido el honor de pertenecer al congreso. En este tiempo, han ocurrido cuestiones de la mayor importancia, i a todas ellas he entrado con valor, aunque sin el debido conocimiento; pero en ésta de mayorazgos, cuando se trataba si debia haberlos o nó, era bien conocida mi opinion de que no deberian existir. Mas ahora que se trata de enajenar las propiedades sobre que descansan, lo que, segun conocidas aspiraciones, puede calificarse de despojo, he temblado al entrar en una cuestion que pueda perjudicar a intereses privados.

La constitucion de 1828 habia cortado de un hachazo el nudo gordiano; pero, con la constitucion de 1833, volvió el interes particular a influir en los consejos lejisladores i a empeorar el asunto.

Si el señor senador que acaba de hablar, con ese gran caudal de conocimientos que posee, i con su intelijencia despejada, dice que entra con desconfianza en la cuestion, ¿qué podré decir yo? Tanto mas, cuanto que en muchas cosas difiero de uno i otro proyecto. Aunque confieso mi insuficiencia en esta materia, sin embargo, encuentro mas lójico el proyecto del señor Menéses, que los otros. El artículo constitucional ha dicho que las vinculaciones establecidas hasta aquí, como las que en adelante se establecieren, no impiden la libre enajenacion de las propiedades vinculadas. Bueno, señores; es decir que deja a esos poseedores de bienes vinculados en la entera libertad de venderlos. Así como yo no tengo impedimento para vender una propiedad que me pertenece, así tampoco lo tienen los poseedores de mayorazgos. Pero esto no quiere decir que desde este momento se les haya de obligar a vender, ni se les pueda fijar un término, porque esa enajenacion debe hacerse libremen-

te. Aun mas, el artículo constitucional exije una condicion para esta enajenacion, tal es que debe asegurarse a los sucesores llamados por la respectiva institucion todo el valor de la propiedad que se enajena; hé aquí otra cuestion difícil. Una lei particular, dice tambien el artículo, arreglará el modo de hacer efectiva esta disposicion, es decir, debe darse una lei particular que determine el modo de hacer la enajenacion de los bienes amayorazgados i de asegurar todo su valor. En ninguno de los tres proyectos, viene claramente expreso este punto.

Ya el señor Bello confiesa haber variado de modo de pensar sobre la rebaja que creia deber hacerse en los mayorazgos. En las vinculaciones, puede tambien haber valores consistentes en cosas perecederas o funjibles, como semovientes, alhajas, cuadros de familia, etc. El proyecto del señor Menéses exije fianzas u otras prevenciones para esto. Yo estoi conforme hasta cierto punto con esta opinion; pero no en la clase de seguridad que exije el proyecto, porque eso, a mas de ser embarazosísimo, jamas daria una seguridad perenne, una seguridad que satisfaciese completamente. Encontrando estos estorbos, habia meditado hacer una indicacion que llenara los deseos de la constitucion. Yo diria que, en lugar de exijir fianza al poseedor de los bienes perecederos reducidos a valor, i que deben pasar al inmediato sucesor despues de los dias de aquél, se pusiera ese dinero en arcas fiscales, i que el fisco pagara el cinco por ciento de ese valor, que es el interes reconocido por la lei; que para su seguridad se hipotecaran todas las rentas; i que el valor de los bienes o fundos se asegure en la misma propiedad, pagando el cinco por ciento. De este modo,

el padre puede, o conservar los bienes para el hijo, o venderlos libremente.

Con respecto a lo que se ha dicho de que los mayorazgos permanecen abandonados sin producir lo que debieran, perjudicando la prosperidad pública, eso me parece un poco declamatorio. No conozco fundos amayorazgados que se hallen en este estado. Al contrario. Pero, ya que se quiere protejer la industria, promoviendo la reduccion de las vinculaciones, sustitúyase a las fianzas que se exijan para la conservacion de esos bienes, la seguridad de la nacion. Deposítense en sus arcas esos valores; i se protejerá directamente al país, para que construya puentes u otras obras de necesidad. Nadie puede presentar mas seguridades que la nacion, por ser un cuerpo moral que jamas perece, la cual podrá trasmitir intacto a los sucesores ese valor. Por ejemplo, supongamos que álguien compra una alhaja amayorazgada, i que entregue su precio al poseedor actual. Ese valor puede ser botado o consumido por el vendedor, o desaparecer por accidente fortuito; i entónces el sucesor, no teniendo cómo cubrirse, sufre una pérdida irreparable, al paso que el fisco nunca muere, de manera que no hai motivo para abrigar ese temor. Ademas, esto se halla en conformidad con el artículo constitucional, porque él exije se asegure ese valor de un modo positivo. Por consiguiente, cuanto mayor sea la seguridad, tanto mas en armonía nos hallamos con la constitucion. La destruccion de los mayorazgos no es posible por nuestra constitucion; i si queremos reducirlos a valor, no encuentro otro medio mas llano i expedito que éste. Hé aquí en cuatro palabras allanadas todas las dificultades que se presentaban para la enajenacion.

La cuestion queda reducida a fijar cuál de los dos proyectos debe elejirse para la discusion. Se trata de hacer efectivo el artículo 162 de la constitucion; i atendiendo a él, creo que el del señor Menéses es mas lójicamente deducido del espíritu de sus palabras.

El señor Bello.—Yo observaré que, para hacer efectiva la disposicion del artículo mencionado, no se dice, como gratuitamente se supone, que sea preciso enajenar. Nó, señor. La constitucion no manda que se enajene, sino que se quite el impedimento para enajenar, convirtiendo las fincas en valores, i asegurando estos valores a los respectivos sucesores, es decir, que los poseedores, que ántes tenian sobre los fundos un dominio limitado, pueden desde entónces, no solo enajenarlos, sino tambien variar su forma destruyendo completamente la actual i sustituyéndole otra, sin que nadie pueda intervenir en este lejítimo ejercicio de su dominio.

Es efectivo que los medios de conservar este valor ofrecen las mayores dificultades; i en esto será, como lo ha observado mui bien el señor presidente, en lo que tenga que ocuparse la cámara. Por lo demas, esos poseedores, desde el cumplimiento del plazo señalado, podrán, no solo enajenar esos fundos a su arbitrio, sino dividirlos, hipotecarlos, disponer de ellos por testamento, como si fueran bienes libres.

Tratar de que varíe de dueño el fundo o de convertir un dominio limitado en un dominio pleno, i someter las especies a trabas i dificultades eternas en su administracion, es contradecirse en los términos i dejar subsistentes los mayorazgos bajo una forma que la constitucion ha querido variar.

Yo me engañaré, i me engañaré mucho, en lo que sostengo; pero, al ménos, este es mi modo de ver. Vuelvo, pues, a repetir que se trata de elejir entre dos bases: entre la base que señala un término perentorio para la libre enajenacion de los fundos vinculados i la base que no fija plazo alguno.

Añadiré, todavía, que con respecto a los bienes que tienen un valor especial de afeccion, como lo sería, verbigracia, el retrato de un ascendiente, estos objetos, como al venderse perderian casi todo el valor que tienen para su dueño, no entran ni pueden entrar en la enajenacion de que se trata, sino que deberán conservarse para los sucesores.

El señor presidente Benavente.—Siento hallarme en oposicion con las opiniònes expuestas por el señor senador preopinante.

La libertad de enajenacion no es tanta, como se pretende. El vínculo no se concluye completamente para el poseedor, porque es una condicion forzosa exijida por la constitucion el que se asegure el verdadero valor del fundo a los sucesores.

En un mayorazgo, puede haber menores; i para obrar en conformidad con las leyes, deben intervenir para la enajenacion la autoridad o las personas que están constituidas para estos casos, porque bien puede suceder que el poseedor quiera vender el fundo por la mitad de su valor, perjudicando a los sucesores. No es, pues, tan absoluta esta libertad, ni el dominio del poseedor tan pleno, como se pretende. El poseedor tiene que asegurar el valor; i este valor no puede asegurarse de un modo sujeto a accidentes que puedan poner en peligro el valor de la enajenacion. Debe hacerlo de un modo satisfacto-

rio; i cuál otro mejor que el que ese valor se asegure en el mismo fundo o propiedad. La constitucion exije esto, i la razon lo aconseja. No es un absurdo, pues; ni sé cómo pueda dársele tal nombre. Al contrario, proceder de otro modo es pugnar con el espíritu de la constitucion.

Por esto, el señor Menéses, conociendo la necesidad de asegurar todo el valor, quitó ese término perentorio, porque, obligándose al poseedor a vender la propiedad, se veria obligado a dar los fundos a un precio bajo i sin prestar las garantías que exije la responsabilidad del valor para el inmediato sucesor. Por esto, exije el señor Menéses que se den fianzas; i aun esto lo creo insuficiente i embarazoso; i por esto, he dicho que el modo mas eficaz de asegurar todo el valor a los sucesores es el dejar ese valor asegurado en el mismo fundo, en cuanto puedan soportarlo los terrenos, o hacer la consignacion en arcas nacionales, debiendo pagar el fisco el cinco por ciento del capital acensuado, o aquel interes que se crea mas proporcionado. Por lo que respecta al proyecto que debe elejirse para la discusion, creo ahora que cualquiera es lo mismo, porque en cada artículo puede cotejarse lo que disponen los otros i la sala elejir el que crea mas conveniente.

El señor Echévers.—Tanto para establecer mi opinion sobre la cuestion que se propone, como por no estar conforme con ninguno de los proyectos, diré el concepto que he formado sobre el particular i las razones que tengo para opinar que debe adoptarse con preferencia el proyecto de la minoría.

Yo he notado que la constitucion perpetúa los mayorazgos; que lo único que quiere es la libertad de la propiedad sobre que descansan. El hecho solo de declarar

que los mayorazgos no impiden la libre enajenacion de las propiedades vinculadas, manifiesta que ha querido conservarlos i que solo quiere quitar ese escollo del bien público.

La constitucion habla de los mayorazgos establecidos i de los que en adelante se establecieren; i la lei de que ahora se trata, solo debe determinar el modo de la enajenacion. Nada mas.

En esta cuestion de mayorazgos, he encontrado siempre dos cuestiones: una de interes privado i otra de interes público. A ésta, pertenece el que los bienes de mayorazgos sean enajenables, i que el beneficio de ellos no sea solo para el hijo mayor, sino para todos los hijos; pero, saliendo de estos puntos, todo lo demas es de derecho privado. Lo mas se halla previsto en nuestras leyes. Nuestros códigos disponen que, cuando un menor es el dueño de una propiedad que se trata de vender, se haga la enajenacion en subasta pública. Digo mas, que para conservar íntegro al sucesor lejítimo todo el valor del mayorazgo, debiera intervenir en la venta de estos bienes el defensor de menores. Creo que de este modo se salvarian tantas cuestiones que se proponen en ambos proyectos, que pertenecen al derecho privado i que no hai necesidad de considerar, porque están previstas por nuestras leyes.

La constitucion ha dicho que la propiedad de los bienes inalienables, sea de los mayorazgos, sea de cualquiera otra clase de personas, quede libre del impedimento que tenia para la enajenacion. Esto es todo lo que ha dicho la constitucion, i lo que deberia expresarse en el proyecto, reservando las consideraciones particulares para el tiempo de la discusion.

El proyecto de la minoría se halla mas en conformidad con el espíritu de la constitucion; i por esto creo que, aunque no llena la opinion que me he formado, es preferible al de la mayoría.

El señor presidente Benavente.—Si la cámara cree bastante discutida la materia, podemos proceder a la votacion.

El señor Pinto.—Convendria que se oyese a alguno de los señores senadores que faltan, i que pueden ilustrarla mas.

La sala convino en dejar el asunto para segunda discusion.

La cuestion volvió a tratarse en la sesion de 5 de junio de 1850.

En ella, expuso don Andres Bello que, despues de haber meditado la materia, no aceptaba el informe de don Juan Francisco Menéses, si bien reconocia que habia en él algunas ideas dignas de atencion, no para alterar la base, sino para llenar los vacíos que se notaban en el suyo.

Adheria, por consiguiente, a la opinion emitida por don Manuel Camilo Vial Fórmas para que se elijiese una nueva comision que, estudiando todos los trabajos anteriores, presentase un proyecto mas completo.

Aprobada la indicacion, se nombró con este fin a don Andres Bello, don Manuel Camilo Vial Fórmas, don Ramon Errázuriz i don Santiago Echévers.

La finalizacion del asunto puede verse en los extractos de la sesion del senado que paso a copiar.

SESION DE 2 DE JULIO DE 1852.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se leyó un proyecto del señor Bello sobre exvinculacion de propiedades.

EL SEÑOR BELLO.—Habiendo pertenecido a la comision nombrada por esta cámara para que formulara un proyecto de lei sobre enajenacion de las propiedades vinculadas, ha sucedido que la ausencia de los otros señores miembros de esa comision, la ha dejado reducida a mí solo. El señor presidente se ha servido pedirme que presentara ese proyecto; i no he vacilado en hacerlo. Sin embargo, debo decir a la cámara que miro con suma desconfianza el asunto, porque me considero incapaz de darle con solos mis esfuerzos una solucion satisfactoria. Se versan en esta materia intereses de mucha consideracion; i talvez se encontrará que el proyecto que tengo el honor de presentar, es incompleto, i en cierto modo informe, porque, efectivamente no me he propuesto sino reunir un corto número de bases, esperando que, cuando se llegue a tratar en particular este asunto, se enmendarán los defectos, i se harán las agregaciones que se crean convenientes.

EL SEÑOR PRESIDENTE BENAVENTE.—Este negocio es el primero que está en tabla desde que empezaron las sesiones de la cámara. La comision no se habia podido reunir; i ahora uno de sus miembros presenta el proyecto que se ha leído. Lo presenta con desconfianza; i yo diré que no tengo ninguna dificultad en apoyarlo. Hace veinticinco años que se trata de reglamentar los mayorazgos; i como siempre en este asunto se han ventilado cuestiones de interes particular, han fracasado

ante estos obstáculos todos los proyectos que se han presentado sobre la materia.

Es bien sabido que la constitucion de 1828 derogó los mayorazgos. Vino despues la de 1833, i dijo: «Las vinculaciones de cualquiera clase que sean, tanto las establecidas hasta aquí, como las que en adelante se establecieren, no impiden la libre enajenacion de las propiedades sobre que descansan, asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institucion el valor de las que se enajenasen. Una lei particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposicion.» Desde entónces, no ha podido hacerse otra cosa sin infrinjir el artículo constitucional. La lei que, segun el mandato de la constitucion, ha de reglamentar esa disposicion, debe limitarse a determinar la forma de la enajenacion; pero sin tocar los valores que deben reservarse íntegros a los sucesores llamados por las respectivas instituciones; i esto es lo que hace precisamente el proyecto que acaba de leerse. Yo creo, pues, que, teniendo todas las condiciones exijidas por la constitucion, i siendo esta una discusion jeneral, no habrá dificultad para que se apruebe el proyecto en jeneral.

Apoyado el proyecto antedicho por el señor presidente i los señores Pinto i Cavareda, se puso en discusion jeneral; i se aprobó unánimemente, habiéndose retirado de la sala los señores Correa i Huidobro por considerarse implicados.

SESION DE 5 DE JULIO DE 1852.

Presidencia del señor don Diego José Benavente.

Se puso en discusion el primer inciso del artículo 1.° del proyecto sobre exvinculacion de propiedades.

El señor presidente Benavente.—En la sesion anterior, tuve el honor de apoyar este proyecto, porque lo encuentro tan lójico, tan conforme con lo prescrito por la constitucion, que no puede absolutamente hacerse otra cosa. Cuanto se ha hecho hasta ahora a este respecto, o ha sido incompleto, o ha tratado de favorecer intereses particulares. El artículo 162 de la constitucion es conocido. Para que la vinculacion de las propiedades no impida su libre enajenacion, ese artículo las reduce a valores; i manda que se asegure a los sucesores llamados por la respectiva institucion la totalidad de esos valores. Por consiguiente, el proyecto de que ahora se trata, es el único que se ha presentado lójico en sus disposiciones, el único que ha mirado los intereses particulares, el único que ha dado cumplimiento a la prescripcion constitucional.

El señor Arístegui.—Yo estoi conforme con lo que prescribe el artículo; pero, acerca de la valorizacion hecha por los peritos, me parece que no debiera exijirse precisamente el concurso de los tres, porque, dado el caso de que los interesados se conviniesen en el dictámen de uno o dos de ellos, parece que esto sería suficiente sin necesidad de gravar los fundos que se van a valorizar con el mayor costo de la tasacion hecha por los tres peritos, mucho mas cuando esa tasacion debe tener despues la aprobacion de la corte de apelaciones. Yo creo que esto deberia dejarse al arbitrio de los interesados, i no prescribir precisamente el concurso de tres peritos para la valorizacion.

El señor Bello.—Me parece que, si se tratara de una transaccion entre el actual poseedor i el inmediato sucesor, de una transaccion, por decirlo así, extrajudicial,

sería bastante que estas personas se conviniesen en el dictámen de un perito; pero, cuando se versan los derechos de una posteridad, es necesario someterlos a formas precisas, solemnes, auténticas en el mayor grado que sea posible. Por esto, me ha parecido necesario que la valorizacion de los peritos sea tambien aprobada por la corte de apelaciones. I como podria suceder que estos peritos discordaran entre sí, de antemano se ha nombrado un tercero que termine la discordia, de manera que siempre habrá mayoría de votos, i no será necesario ocurrir al trámite, cuando estén desacordes esos peritos, de nombrar un tercero. Creo que, tratándose de hacer efectivos los derechos de una línea de poseedores, es de la mayor importancia hacer auténtico este acto.

El señor Arístegui.—Yo no he pensado, señor, atacar la autenticidad del acto prescrito por el artículo. Al contrario, he creído que debe ser una cosa solemne. Lo que he indicado, es que, cuando las partes se convengan en el dictámen de un perito, no habria necesidad de aumentar los costos de la tasacion, que podrian ser de mucha entidad, principalmente en los grandes fundos.

El señor Bello.—Me parece que se podria tomar en consideracion en la lei la indicacion propuesta, poniendo un inciso que diga que, siempre que las dos partes se conformaren con el valor del fundo que se trata de vender, se someta esta convencion particular a la aprobacion de la corte de apelaciones, la cual procederá oyendo al fiscal i al defensor de menores en su caso.

El señor presidente Benavente.—Yo no convengo con ninguna alteracion en este artículo. La consideracion de que sean menores los gastos de la tasacion, va a pro-

ducir talvez males de mucha trascendencia, en lugar de favorecer los bienes amayorazgados. Si se adopta la indicacion que ántes se ha propuesto, lo que va a suceder es que el padre nombra un perito; i como naturalmente tiene una influencia directa sobre su hijo, este solo perito va a ser siempre el que ha de hacer la tasacion. El método adoptado vale, aun incompleto, mucho mas que mil o dos mil pesos de gastos; i nosotros debemos mirar por la línea de los sucesores, a fin de que no sean defraudados en sus intereses.

Véase lo que ha pasado en otras partes. En el Perú, por ejemplo, han concluido los mayorazgos, no en virtud de una disposicion legal, sino porque se han acabado las fortunas, porque los poseedores han tenido el cuidado de concluir con sus caudales. Este ejemplo manifiesta cuánto debe velar la lei por los intereses de los sucesores. Yo, por consiguiente, no podré convenir jamas en que, por ahorrar una cantidad de mil o dos mil pesos, vayan a perjudicarse seriamente los intereses de los sucesores.

Se aprobaron los incisos 1.° i 2.° del artículo 1.°; i se puso en discusion el inciso 3.°

El señor Arístegui.—Lo único que se me ocurre sobre esta parte del artículo, es que podria aumentarse la designacion del censo al cinco por ciento, para que guardara uniformidad con el resto de la lejislacion chilena.

El señor presidente Benavente.—Yo entiendo que tambien hai muchos censos que están al cuatro por ciento.

El señor Arístegui.—Pero es solo de un modo transitorio, porque las fundaciones jenerales todas están al cinco por ciento.

El señor Bello.—Yo, señor, me he fijado en el cuatro por ciento con el objeto de establecer una regla jeneral, porque, segun lo que me han dicho algunos señores senadores, mas competentes que yo en materia de agricultura, el cuatro por ciento es lo que comunmente producen los fundos rústicos. Verdad es que, invirtiendo un gran capital e industria, necesariamente producirán mucho mas; pero esto no debe tomarse en cuenta al designar el censo en jeneral. Hai tambien excepciones en que los fundos no alcanzan a producir el cuatro por ciento, de manera que, como término medio, me ha parecido moderada la designacion del cuatro por ciento.

En un proyecto anterior, se habia propuesto el tres por ciento; pero esto pareció mui poco. Sin embargo, yo no tengo bastantes conocimientos sobre la agricultura chilena para poder fijar de un modo exacto el interes que deba asignarse a estos capitales. Solamente he sometido este cómputo del cuatro por ciento a la opinion de la cámara, mas ilustrada que la mia.

El señor Mena.—Si la asignacion del cuatro por ciento se toma por el producto neto que dan los fundos rurales, me parece que está mui subido. Yo creo que lo mas que puede producir un fundo por sí solo, independiente de la industria i capitales que puedan emplearse en él, es el tres por ciento.

El señor presidente Benavente.—Todos los censos constituidos están al cinco por ciento; pero no es lo mismo pagar el rédito de una pequeña cantidad asignada en un fundo, que pagar el rédito del valor total de ese mismo fundo. En el primer caso, no será quizá tan difícil pagar un cinco por ciento; pero en el segundo, no

será posible pagar mas del cuatro por ciento, porque los fundos por sí solos no producirian mas de interes.

El señor Bello.—Hai tambien otras consideraciones que hacen preferible la designacion hecha por el artículo. La primera es la seguridad del pago. Si se pusiera un gravámen excesivo sobre los fundos, podria llegar el caso en que no se pudiera pagar el cánon; i se introducirian desavenencias entre personas inmediatas, que es necesario evitar.

Hai mas. Suponiendo que los mayorazgos perdieran una parte de su valor real, o que no recibieran todo lo que los fundos puedan producir, ese cercenamiento sería una especie de indemnizacion debida al órden público; porque los mayorazgos se han sostenido a expensas de la conveniencia pública, pues jeneralmente se han fomentado con perjuicio, o al ménos con descuido de los otros miembros de la familia.

Es notorio, por otra parte, que el tiempo mismo ha hecho subir el valor de las fincas vinculadas; i este es un beneficio que esas fincas deben al órden público, en cuyo favor toca a los poseedores hacer un lijero sacrificio. Creo, pues, que, aun dado caso que la designacion del censo fuera un poco baja, hai consideraciones de equidad que exijen esta medida: primeramente, en favor de la familia del mayorazgo; i en segundo lugar, en favor del público, porque, como se ha dicho muchas veces, la institucion de los mayorazgos es una institucion contraria a los intereses nacionales. Por todo esto, me parece que debe subsistir la designacion del cuatro por ciento, aun cuando realmente las fincas pudieren producir algo mas.

El señor Arístegui.—Cuando dije ántes que era una

lei transitoria la que designaba el cuatro por ciento en la institucion de censos, me referia a un decreto de 1813, despues del cual todas las instituciones de censos se han hecho al cinco por ciento.

Haré, sin embargo, otra observacion. Los bienes vinculados constan, no solo de fundos rurales, sino tambien de fundos urbanos. Respecto de los rurales, yo veo que es tanto el ahínco que hai por trabajar en ellos, que cualquiera pagaria fácilmente el cinco por ciento. Respecto de los urbanos, éstos, no cabe duda, producen mucho mas del cinco por ciento, especialmente aquéllos que se hallan situados en una posicion ventajosa. Estas son las consideraciones que habia tenido presentes para pedir que se pusiera el cinco en lugar del cuatro por ciento.

Sometida a votacion la indicacion del señor Arístegui, fué desechada por once votos contra uno.

Votado el inciso 3.°, se aprobó por once votos contra uno.

El inciso 4.° fué aprobado por unanimidad.

Se suspendió la sesion.

A segunda hora, se continuó la discusion del mismo proyecto; i el señor Bello presentó redactado el siguiente:

Artículo 2.° *La imposicion censual de que habla el artículo precedente, no será gravada en ningun caso con el derecho de imposicion prescrito por la lei de 17 de marzo de 1835.*

El señor Bello.—La conversion de las fincas en valores a censo es una cosa que ciertamente pone de peor condicion a los mayorazgos. Por lo tanto, parece conveniente eximirlos del gravámen impuesto por las

leyes jenerales en el caso de que el censo se imponga en otra finca diversa de la que actualmente forma el mayorazgo.

Sometido a votacion, fué aprobado por unanimidad. Lo fué igualmente un artículo 3.°, redactado i presentado por el señor Pinto. Su tenor es el que sigue:

Artículo 3.° *Los actuales poseedores tendrán el término perentorio de seis años, contados desde la promulgacion de esta lei, para las referidas tasacion e imposicion.*

Si dejaren trascurrir este término sin proceder a ellas, podrán ser compelidos a hacerlo a instancia de cualquiera de las personas que tengan un interes eventual en la sucesion.

Los artículos 4.°, 5.°, 6.° i 7.° con que finaliza el proyecto, fueron aprobados unánimemente.

El proyecto redactado por don Andres Bello sobre exvinculacion de los bienes amayorazgados fué promulgado como lei de la república el 14 de julio de 1852.

Puede verse en la pájina 125 del tomo 20 del *Boletin de las leyes, órdenes i decretos del gobierno.*

V

A mas de las leyes sobre el modo de acordar i fundar las sentencias i sobre la alienabilidad de los bienes vinculados, el sabio redactor del *Código Civil* tomó parte activa en la aprobacion de otras leyes i disposiciones importantes.

Voi a recorrer solo algunas.

En 1846, se presentó un proyecto de lei para que se

declararan de utilidad pública sesenta cuadras de terreno en cada uno de los puertos denominados San Antonio de las Bodegas, Papudo, Pichidangui i Tongoi, i en los puertos que designase el gobierno con el fin de establecer poblaciones.

El presidente del senado, don Diego José Benavente, hizo dos objeciones al proyecto.

Sostuvo que no habia necesidad de expropiacion alguna por cuanto el terreno de que se trataba pertenecia al estado en virtud de lo dispuesto en la lei 6, título 7.°, libro 4.° de la *Recopilacion de las leyes de Indias,* que ordenaba no se concediera territorio para nueva poblacion en puerto de mar, porque ese terreno quedaba reservado a la corona.

Indicó ademas que, en caso de aprobarse el proyecto, debia hacerse extensivo a toda la república sin especificacion de puerto alguno.

Don Andres Bello contestó que la lei citada era una lei de circunstancias dictada por Felipe II para que no se poblasen puertos que no pudiesen defenderse de corsarios, segun se deducia de otra anterior; que la lei mencionada no se habia cumplido desde que habia cesado el peligro de invasiones enemigas, como lo probaba el hecho de haberse levantado aldeas en todos los puertos; que en la *Recopilacion de Indias* habia otras leyes que habian quedado en el papel, como era aquélla que determinaba que todos los montes i prados de la América fuesen de uso comun, la cual no se habia aplicado jamas; i que, por consiguiente, juzgaba que los terrenos designados debian declararse de utilidad pública, indemnizando su valor.

Bello concluyó expresando que aceptaba la idea de

que el proyecto objetado se extendiese a todos los puertos de la costa, sin especificar el puerto tal o cual.

Despues de alguna discusion relativa a la materia, i de haberse aprobado el artículo 1.°, el senado convino por unanimidad en que el asunto pasara a la comision de gobierno.

Don Andres Bello redactó sobre este particular el informe siguiente:

La comision de gobierno encargada por la honorable cámara de fundar su opinion sobre las dudas que se suscitaron en la discusion del proyecto de lei que pasó la cámara de diputados para formacion de poblaciones en algunos puertos menores, despues de haber considerado todo lo que se tuvo presente en el debate de esta cuestion, i habiéndosele dejado en libertad para extender su opinion hasta dar una nueva forma al proyecto, sin que sirviese de obstáculo el artículo acordado, procede a informar lo que le parece mas justo i conveniente.

Cree la comision que el artículo acordado que dispone se declaren de utilidad pública sesenta cuadras cuadradas para la formacion de poblaciones en cada uno de los puertos, no debe subsistir. La importancia de algunos de estos puertos ha de ser tan distinta respecto a la de los otros, así por las ventajas que presenten en sus fondeaderos i desembarcaderos, por su situacion, por la mayor concurrencia de frutos, como por otras mil circunstancias, que forzosamente la extension de sus poblaciones deberá sentir la misma influencia; i las sesenta cuadras designadas, que para muchas de ellas serán quizá excesivas, para otras serán mui pocas. Por este motivo, parece sería mas acertado que la designacion

del número de cuadras no se haga en esta lei, i que se deje a la discrecion del poder ejecutivo para que, provisto de todos los datos, i con conocimiento pleno de todas las circunstancias, proceda a determinar la extension que pueda darse a cada una de estas poblaciones.

En cuanto a la duda manifestada sobre si se podrá jeneralizar esta lei para todos los puertos menores habilitados de la república, porque puede estar en oposicion con el artículo 12 de la constitucion en su inciso 5.°, la comision opina que está salvada si se fija la atencion en el objeto que se ha propuesto la lei fundamental. Éste es la perfecta inviolabilidad de todas las propiedades, las que absolutamente no podrán tocarse, a no ser en utilidad del estado, la cual deberá ser calificada por medio de una lei; i en este caso, ha de indemnizarse al propietario de todos sus perjuicios. Pues esto es lo que justamente va a hacerse por esta lei. Por ella, se califica la utilidad del estado; i por ella misma, se manda indemnizar al propietario de cuya propiedad se hiciese uso para formacion de una poblacion, sin que pueda decirse que le resulte el menor perjuicio, porque la declaracion de utilidad se haga para una o mas propiedades, pues con cada uno se ha de tratar particularmente para la indemnizacion de sus perjuicios, i a cada uno se le ha de pagar lo que justamente se le deba.

La comision no puede dejar de recomendar a la honorable cámara tenga presente la gran necesidad que hai de habilitar cuantos puertos i caletas sean posibles para el cabotaje. Si se considera la situacion topográfica de Chile, su configuracion, su inmenso litoral; que todo su comercio ha de ser por mar; que aun su comunicacion

interior entre las mas de las provincias tiene que hacerse por esta via, se conocerá que el cabotaje es uno de los principales medios que se le presentan para favorecer su progreso. Que si se atiende al corto número de puertos mayores que tenemos, la mucha distancia a que se hallan de las provincias mas productoras, la carencia de canales navegables, la gran dificultad de establecer ferrocarriles por lo quebrado i pendiente de los terrenos, se verá que casi el único arbitrio que hai para facilitar las conducciones, es proporcionar puntos en la costa a poca distancia, a donde poder llevar los frutos, para de allí trasportarlos a los puertos mayores para su exportacion. Sin esto, tendremos que dentro de poco no se costeará el cultivo de las tierras en lo interior del estado, porque el valor de sus productos no soportará el costo de conduccion. Pero aun mui poco se avanzaria habilitando puertos, si desde el momento no se proporcionase la libertad de formar en ellos establecimientos para depositar los frutos i facilitar su carguío.

Uno de los entorpecimientos que cada dia dificultan mas las conducciones, es la arbitrariedad de algunos propietarios con respecto a los caminos. De continuo, se oyen quejas, ya porque los cierran a su antojo, ya porque los varían, dirijiéndolos por lugares casi intransitables, o haciendo dar grandes rodeos; i aunque en varias ocasiones se han dictado providencias para remediar este mal, por desgracia aun no se ha conseguido el fin. Así es de parecer la comision que, cuando se trata de fomentar esos puertos i establecer esas poblaciones, con el objeto de dar vida i actividad a la agricultura i comercio en lo interior de nuestras provincias, la primera necesidad es mejorar las vias que tienen de comu-

nicacion, i aun mandar fundar otras nuevas en donde fueren convenientes, para ponerlos en contacto i facilitarles el trasporte de los frutos. Sin esto, no podria lograrse el gran bien que se debe esperar de tales establecimientos.

Tambien cree la comision que debe tenerse presente que nadie va a reportar una utilidad mas efectiva i pronta de esta lei, que los propietarios en cuyos fundos se van a colocar estas poblaciones por el gran valor i ventajas que van a adquirir esos mismos fundos, por lo que es de esperar que ellos serán los mas empeñados en que tengan todo su efecto estas disposiciones.

Tales son las principales razones que tiene la comision para proponer el siguiente

PROYECTO DE LEI

Artículo 1.° Establézcanse poblaciones en todos los puertos menores habilitados. El poder ejecutivo mandará levantar planos de los terrenos en que hayan de formarse estas poblaciones para que, en vista de la configuracion de ellos, de la importancia que pueda tener el puerto por su localidad i demas circunstancias, determine la forma que deba darse a cada poblacion i el número de cuadras que ha de destinarse a este objeto.

Artículo 2.° Se declaran de utilidad pública los terrenos que se necesiten para establecer las poblaciones de que habla el artículo anterior. I se autoriza al poder ejecutivo para que invierta las sumas que fueren precisas, i para que, en el momento que se necesiten estos terrenos, éntre a tratar con los propietarios a fin de

indemnizarlos con arreglo a la lei, bien sea comprándoles los que fuesen necesarios para plazas, edificios públicos i servicio del puerto, i que el resto lo vendan directamente a los pobladores, o bien sea que se tomen los terrenos por cuenta del erario para despues venderlos a éstos. En uno i otro caso, todas las ventas habrán de hacerse por el precio de tasacion hecha al tiempo de establecer la poblacion.

Artículo 3.° Despues de determinado el número de cuadras para la formacion de una poblacion, se mandará levantar un plano para la reparticion del terreno en que, señalado lo que se necesita para plazas, edificios públicos, servicio i seguridad del puerto, se dividirá el resto en sitios proporcionados para venderlos a los pobladores, cuidando que, para evitar todo monopolio, no puedan reunirse mas de dos sitios en un poder, bien sea que la venta se haga por el gobierno, o por los propietarios dueños de los terrenos.

Artículo 4.° Los sitios que se vendieren, serán obligados los dueños de ellos a cerrarlos en el término de seis meses desde la fecha de la compra, i a edificarlos completamente dentro de dos años contados desde la misma fecha; i de no hacerlo así, se les obligará a venderlos a los compradores que los soliciten por el precio de la primitiva tasacion, abonándoles éstos las mejoras que hubieren hecho por su justo precio a juicio de peritos.

Artículo 5.° El gobierno dictará las mas serias providencias para reponer todos los caminos que conduzcan a estos puertos, i que hayan sido variados o cerrados arbitrariamente, haciendo que se restablezcan sus convenientes direcciones. Si se creyese oportuno abrir al-

gunos nuevos caminos para facilitar la comunicacion de estas poblaciones con el interior, el gobierno lo propondrá al poder lejislativo para que se califique su utilidad.

Santiago, octubre 12 de 1846.

Andres Bello.—Ramon Errázuriz.

El congreso aprobó este proyecto en todas sus partes sin alteracion alguna, i el gobierno lo promulgó como lei el 21 de noviembre de 1846.

Se rejistra en la pájina 257 del tomo 14 del *Boletin de las leyes i decretos del gobierno.*

Procurando siempre el adelantamiento del país, don Andres Bello elevó su voz el año de 1847 en defensa de la construccion del ferrocarril entre Santiago i Valparaíso propuesta por don Guillermo Wheelwright, i del establecimiento de pesos i medidas arreglados al sistema métrico decimal.

Con motivo de este último proyecto, dijo durante el curso del debate:

«Por lo que toca a la falta de intelijencia de los principios en que se apoya esta lei, me parece que la modestia de algunos señores senadores les hace exajerar este inconveniente, porque en realidad no se trata de averiguar ahora los datos i cálculos científicos en que se funda la eleccion de la medida particular llamada metro. Si se quieren conocer los motivos que concurrieron para determinar una lonjitud que sirviese de base a las medidas, sin duda se necesitaria saber muchas cosas que no están a el alcance de todos, sino de individuos profundamente versados en las matemáticas i de astró-

nomos consumados; pero esta es una cuestion en que no tenemos para qué mezclarnos. La eleccion fué hecha por hombres de intelijencia, por los primeros sabios del mundo. Ellos han convenido en que era necesaria una medida invariable, i escojieron el metro.

«Estando nosotros en el caso de elejir la unidad de medida, por la perjudicial variedad que se observa entre las de uso corriente, i siendo arbitraria esta eleccion, podemos sin inconveniente adoptar la que se ha hecho por personas que tenian todos los conocimientos necesarios para resolver con acierto. La cuestion mas importante se reduce a saber si debemos admitir un sistema de medidas arreglado a la division decimal o nó; i sobre este punto, no puede caber duda alguna.

«Por lo tocante a la lei de 1843, es evidente que, si se tratase de plantearla, tropezaríamos con iguales o mayores dificultades, que adoptando el sistema métrico decimal.

«Si, pues, ha de suceder esto, ¿por qué no aceptar un sistema mucho mas sencillo, mucho mas perfecto, i tan cómodo para todos? Las dificultades son exactamente las mismas. Éstas consisten en la nomenclatura. Siendo medidas nuevas, es preciso darles nombres nuevos. Nada importa que algunos pronuncien mal esos nombres, como pronuncian mal infinitas palabras de la lengua. Los hombres medianamente educados, los comerciantes, los pronunciarán bien; i todos se entenderán unos a otros, como se entienden sobre otras materias, sin embargo de la mayor o menor correccion de su lenguaje. Por lo demas, no son muchos los vocablos que se van a introducir, pues algunos estaban contenidos en la lei de 1843. Agregaré a esto que la que ahora se discute

concede un plazo para el aprendizaje del pueblo. Si el término es corto, la lejislatura puede ampliarlo en caso necesario. Por este medio, podria la jente ignorante acostumbrarse poco a poco a la reforma introducida.

«El número de los nombres nuevos parece mucho mayor de lo que realmente es, porque no nos fijamos en el modo de su formacion. Conociendo el significado de las voces *deci*, *centi* i *mili*, que se usan para las subdivisiones i el de estas otras tres voces *deca*, *hecto*, *quilo*, que se usan para los múltiplos, se allana extraordinariamente la dificultad. Toda la nomenclatura, por consiguiente, queda reducida a los nombres de las unidades metro, litro, gramo, área i las seis partículas mencionadas que se anteponen para significar las fracciones o los múltiplos de cada unidad. Así, decámetro significa diez metros; decágramo, diez gramos; decálitro, diez litros; i decímetro, la décima parte de un metro; decígramo, la décima parte de un gramo; i decílitro, la décima parte de un litro.

«Me parece conveniente que subsistan todas las palabras que significan los múltiplos i las fracciones, aun cuando en el uso comun del comercio no se necesiten, porque ellas sirven para dar a conocer el sencillo artificio de la nomenclatura, que, a mi juicio, no es una de las menores ventajas del sistema métrico, en el cual se puede decir que cada palabra es una expresion exacta de su significado. El que dice quilómetro, ya sabe que quilo significa constantemente mil; i es lo mismo que si dijera mil metros; i el que dice milímetro es lo mismo que si dijera la milésima parte del metro; pero el que dice legua o pulgada tiene que saber el sentido de cada una de estas palabras, cuyo conjunto en las diversas

especies es considerable. Sucederá ciertamente que se preferirá decir diez metros a decir decámetro; pero estoi seguro de que todo el mundo preferirá decir un quilógramo, como ahora se dice un quintal, i no cien libras. De todos modos, creo conveniente conservar siempre los nombres de las divisiones i de los múltiplos para la integridad de la nomenclatura i para hacer mas familiar el artificio con que está formada.

«El carácter fijo e invariable del sistema propuesto será ventajoso a toda la sociedad.

«Con respecto a los antecedentes que se quieren pedir al gobierno, me parece que son inútiles, porque ellos se reducen a los fundamentos científicos de la eleccion del metro.

«No sé si he comprendido bien lo que ha dicho el señor presidente de la corte suprema; pero yo no encuentro necesidad de que haya armonía entre el sistema monetario actual i el de pesos i medidas que va a intro-udcirse; ni veo que exista o haya existido jamas entre nosotros.

«Así como la vara se divide en cuatro cuartas, se divide tambien en tres tercias; i si la division del real en cuatro cuartillos está en relacion con la division de la vara en cuatro cuartas, no lo está con la division de la vara en tres tercias, ni con la division de la cuarta en nueve pulgadas. Lo mismo digo relativamente a las medidas de peso. La division de la arroba en veinticinco libras está en manifiesta disonancia con la division del peso en reales, i la del real en medios, cuartillos i octavos. Si la arroba vale un peso, la libra valdrá la vijésima quinta parte del peso, la cual no podrá expresarse exactamente en ninguna de las monedas que usamos. No

hai, pues, armonía entre el sistema monetario i los pesos i medidas corrientes. Si, por ejemplo, una vara de paño valiese diez pesos, la division decimal sería mas cómoda, que la division en cuartas a que parece haberse aludido particularmente. No concibo, por consiguiente, la fuerza del argumento del honorable señor senador que acaba de usar de la palabra.

«He oído una observacion que, a primera vista, no deja de tener alguna importancia. Se ha dicho que la Inglaterra no ha querido seguir el sistema de la Francia. No me admira la conducta de la Inglaterra. Reconozco la sabiduría de sus lejisladores; pero el espíritu de rivalidad nacional los ha extraviado algunas veces, i otras el de preocupacion relijiosa, como sucedió en el caso de la correccion del calendario gregoriano. La Inglaterra se abstuvo durante mucho tiempo de adoptarlo, sin mas motivo que haber sido dictado por un papa. ¿Qué extraño es entónces que no se haya admitido en Inglaterra el sistema métrico ideado por la Francia en una época en que la rivalidad entre las dos naciones habia llegado al mayor grado de exaltacion? En Francia misma, encontró este sistema mucha resistencia en los hábitos inveterados del pueblo; i sin embargo vemos que, a pesar de los inconvenientes que se notaron al principio, está ya en jeneral observancia. Otras naciones del continente europeo han hecho lo mismo; i algunas de las nuevas repúblicas lo han admitido o se preparan a hacerlo.

«Recuerdo haber hablado con uno de los señores que compusieron la comision nombrada por el gobierno, cuando se trató de la lei de 1843; i tengo presente me dijo que le parecia sencillo que, en un nuevo arreglo de medidas, se introdujese en todas ellas la division deci-

mal; de manera que, entre el modo de pensar de la comision anterior i el actual proyecto de lei, no hai mas diferencia que la relativa a la eleccion del metro, como unidad de medida. En cuanto a este punto, yo confieso que me parece preferible el metro, como calculado para facilitar infinitamente las comunicaciones comerciales, no solo entre los individuos, sino entre los pueblos. La mayoría de las naciones con quienes tratamos, usa de diferentes medidas, i prescindiendo de aquéllas que han adoptado el sistema métrico decimal, la reduccion de cualquiera medida a las nuestras se facilita mucho, adoptando nosotros ese sistema, como lo reconocerá inmediatamente el que haya tenido alguna experiencia en esta especie de reducciones.»

Don Andres Bello redactó diversos acuerdos en el senado, ya sobre táctica parlamentaria, ya sobre los requisitos que debian contener las solicitudes de los extranjeros que pidiesen carta de naturaleza, etc., etc.

Entre estos trabajos, conviene detenerse breve momento en uno.

La contestacion que la cámara de diputados i la de senadores daban al discurso que el presidente de la república pronuncia el 1.° de junio en la apertura del congreso, les quitaba un tiempo precioso que habrian podido emplear en objetos mas importantes.

Deseoso de que se derogase este trámite, inútil desde que existia el derecho de iniciativa i de interpelacion, don Andres Bello presentó el siguiente acuerdo:

«La cámara de senadores,

«Considerando:

«1.° Que la costumbre de contestar al discurso del

presidente de la república en la apertura del congreso no ha sido observada siempre por ambas cámaras, ni ántes ni despues de promulgada la constitucion que hoi nos rije;

«2.° Que esta contestacion es una mera formalidad, que no tiene ningun objeto de utilidad práctica;

«3.° Que tampoco tiene a su favor la práctica de los otros países que se rijen por instituciones republicanas;

«4.° Que sin ella tienen siempre el congreso i cada cámara la facultad de expresar al gobierno su modo de pensar i sus votos sobre cualquiera de los ramos del servicio público;

«I siendo de desear que las dos cámaras del congreso adopten una conducta uniforme en esta materia, ha acordado:

«1.° Que se consulte el juicio de la honorable cámara de diputados sobre la conveniencia de omitir en adelante la contestacion al discurso de apertura; i

«2.° Que, si la honorable cámara de diputados coincide con la del senado, se omita dicha contestacion en adelante, i se dé el competente aviso al presidente de la república, instruyéndole de las razones de este acuerdo.

«Santiago, junio 5 de 1848.

Andres Bello.»

Este acuerdo fué aprobado por unanimidad en el senado.

La cámara de diputados lo desechó por su parte; pero al fin concluyó por admitirlo.

La contestacion al discurso presidencial, en cuya ela-

boracion solia envolverse el congreso en multitud de cuestiones insignificantes, inclusas ridículas disputas gramaticales, quedó suprimida con gran ventaja del país.

Las ideas liberales de don Andres Bello en economía política aparecen de resalto en la discusion del proyecto de lei en que se autorizó durante un año al presidente de la república para que pudiera conceder permiso a todos los buques de bandera extranjera para traficar con productos nacionales i nacionalizados de un puerto a otro del país.

El eminente estadista decia con esta ocasion el 11 de julio de 1849:

«Temo mucho aventurar una opinion, no conociendo bastante los intereses industriales del país. Sin embargo voi a dar mi dictámen, esperando de la ilustracion de la cámara que lo apreciará en su verdadero valor.

«Confieso que he sido siempre contrario a las prerrogativas concedidas a los buques chilenos para hacer exclusivamente el comercio de cabotaje.

«Si yo viera que este privilejio habia formado una marina mercante verdaderamente chilena, no distaria mucho de opinar por que se conservasen las restricciones. Pero lo que veo es todo lo contrario. Hasta ahora, no se puede decir que tenemos una marina mercante verdaderamente chilena, pues ésta se compone de naves en su mayor parte de propiedad i construccion extranjera. La marina mercante nacional, francamente hablando, no es mas que unos palos con bandera chilena. Yo no veo otra cosa. En el dia, lejítimamente la propiedad de los buques puede ser extranjera. La construccion de ellos, i sus capitanes en el mayor número, son tambien extranjeros. Aun ha habido algunos buques

que se han ido al Ecuador; i han tomado la bandera ecuatoriana para hacer con mas ventajas sus expediciones a California, lo que prueba el poco resultado de los privilejios concedidos a nuestra marina mercante.

«En esta virtud, no solo estoi dispuesto a aprobar el presente proyecto, sino que querria se hiciese extensivo a la completa abolicion de todos los privilejios. Uno de nuestros intereses mas especiales es protejer la minería i el cambio de los productos de las provincias del norte con los productos de las del sur. La marina mercante es la única que puede llenar estos objetos; i ya que, por medio de los privilejios, no lo hemos conseguido, será preciso habilitar a la bandera extranjera, para lograrlos de un modo completo.»

En 1852, el gobierno encomendó a don Andres Bello que redactase un proyecto de lei sobre prelacion de créditos para llenar los vacíos i correjir los defectos de que adolecia la lei de 31 de octubre de 1845, vijente en esa fecha.

El fruto de las vijilias i meditaciones del ilustre jurisconsulto está condensado en la lei promulgada el 25 de octubre de 1854, inserta en las pájinas 585 i siguientes del tomo 22 del *Boletin de las leyes i decretos del gobierno*.

Ella fué incorporada despues en el *Código Civil* con lijeras modificaciones.

El mensaje o exposicion de motivos con que se remitió al congreso, es debido tambien a la pluma de don Andres Bello, i sirve, por lo tanto, de excelente comentario al título 41 del libro 4.° del código chileno.

Dicha lei ha prestado un servicio inmenso al comercio i a la agricultura, evitando numerosos fraudes i sentando el crédito sobre una base sólida i ostensible.

Pero la grande obra de don Andres Bello en el jénero de trabajos sobre que estoi discurriendo es el *Proyecto de Código Civil.*

La lejislacion española en América era una masa confusa i embrollada de elementos revueltos i heterojéneos.

Habia leyes vetustas i contradictorias en compilaciones diversas cuyo órden preferente estaba en tela de juicio.

Habia leyes arbitrarias i absurdas que pugnaban con las instituciones republicanas i con la civilizacion moderna.

Habia leyes vijentes que se decian derogadas por la costumbre.

Habia leyes jenerales para todas las Españas i especiales para las Indias.

Habia reales cédulas manuscritas que nunca se habian publicado i se guardaban, como reliquias de santo, en diversas oficinas, sin perjuicio de aplicarse.

Don Andres Bello introdujo el órden en ese cáos, la luz en esa oscuridad, el progreso en esa antigualla.

La controversia suscitada entre don Andres Bello i don Miguel María Güémes respecto de algunos artículos relativos a la sucesion patentiza dos cosas: primera, que Bello habia estudiado i estudiaba profundamente la materia; i segunda, que el *Proyecto de Código Civil* tiene mas orijinalidad de la que comunmente se supone.

I ya que he nombrado a don Miguel María Güémes, diré de paso que el distinguido profesor de derecho romano en la Universidad de Chile admiraba como nadie el talento de Bello.

Cuando supo que éste habia fallecido, don Miguel María Güémes exclamó en mi presencia: «No habria de-

seado mas herencia que el saber de este hombre, i no habria querido dejar otra a mis hijos.»

El 5 de diciembre de 1855, don Manuel Montt presentó al congreso un proyecto de lei para que se concediera al autor del *Proyecto de Código Civil* un voto de gracias por la perseverante i eficaz contraccion que habia dedicado a este trabajo, la cantidad de veinte mil pesos por una sola vez i el abono del tiempo necesario para que pudiera jubilar del empleo de oficial mayor del ministerio de relaciones exteriores con sueldo íntegro.

En la sesion celebrada ese dia, el presidente del senado, don Diego José Benavente, dijo desde su alto asiento anticipándose al voto unánime de la corporacion que presidia:

«Nada mas justo que esta solicitud del ejecutivo. Ninguno de los miembros del senado pondrá en duda los méritos a que se ha hecho acreedor el señor Bello en razon de los importantes servicios de que le somos deudores. Bastará recordar para esto que él ha sido uno de los mas celosos fomentadores de la educacion entre nosotros. Difícilmente se hubiera podido elejir un sujeto mas capaz, ni mas idóneo, que con tan constante i decidida contraccion hubiese consagrado una gran parte de sus años a llenar el vacío de nuestra lejislacion. Me consta que ya en el año de 1833 o 1834 en que el gobierno ofreció un premio al que acometiese la ardua empresa de redactar un código civil, el señor Bello puso manos a la obra, no ciertamente por el premio que se asignaba, sino por su amor al estudio. Recuerdo que al poco tiempo le vi completo un tratado sobre la sucesion. Cerca de veinticinco años de trabajo, i la perenne asistencia tres veces por semana durante el espacio de dos

años a las reuniones de la comision revisora, son títulos que abogan mucho en favor del señor Bello. Yo, por mi parte, estimo mui pequeña la suma con que se trata de recompensar su trabajo. El señor Bello no ha gozado siquiera la asignacion de cuatro mil pesos anuales que acordó el ejecutivo a los redactores de los códigos. Pero, ya que no nos es dado el aumentarla, justo es que, por nuestra parte, accedamos a esta lijera muestra de gratitud.»

VI

Las contradicciones que se notan en algunas de las ideas de don Andres Bello durante su larga vida son pocas, insignificantes i fáciles de explicar.

Habiendo residido mucho tiempo en Inglaterra, donde se da tanta importancia al juramento, era consiguiente que, cuando regresó a América, lo estimase como un instrumento probatorio fidedigno.

Desgraciadamente la experiencia le manifestó que se habia equivocado, i que aquella formalidad no prestaba garantía de ninguna especie.

Pensaba tambien que las leyes no deben chocar violentamente con las costumbres, sino apoyarse en éstas, para correjirlas i mejorarlas.

Así, aunque al principio aceptó algunos fueros especiales, despues manifestó sin rebozo una opinion contraria.

En la sesion del senado de 20 de junio de 1849, decia con franqueza:

«El principio fundamental de la forma republicana es la igualdad de todos los ciudadanos ante la lei. Este es

un principio inconcuso, reconocido por todos los pueblos que se rijen por instituciones liberales. Aun los monarcas constitucionales lo reconocen. Esto supuesto, yo no veo ninguna razon para que se conserve el fuero militar en causas civiles, i en todas aquéllas en que se trata de un delito que no se ha cometido en contravencion a las ordenanzas militares, ni concibo qué utilidad puede sacarse de este privilejio.

«Este es un legado que la España nos ha dejado, i una institucion que la misma España ha abolido despues. En las monarquías absolutas de Europa, la Prusia, por ejemplo, no ha existido por mucho tiempo esta diferencia de fueros. ¡Cuánto mas extraño debe parecer semejante excepcion en un gobierno republicano que profesa la igualdad de todos los ciudadanos ante la lei! ¿Ni qué motivos pueden alegarse para que esta clase de ciudadanos, en una materia que no concierne a la milicia, gocen de un fuero privilejiado? La Inglaterra, que pasa por un país aristocrático, no reconoce tal principio. El mismo tribunal que juzga al último de los ciudadanos, juzga tambien a los empleados mas altos de la milicia. No se conoce otro fuero que el de los pares; i aun éste sumamente limitado. Solo se reduce a las causas criminales en que son juzgados por la misma cámara; pero en las causas civiles, tienen que comparecer, como los demas ciudadanos, ante los jueces ordinarios.

«En vista del ejemplo que nos dan casi todas las naciones, aun las mas despóticas, no encuentro razon para que nosotros conservemos esta anomalía. Por consiguiente, yo sería de opinion que la cámara insistiera en su anterior acuerdo.»

En la sesion de 4 de julio del mismo año, agregaba:

«Yo he expresado mi opinion sobre el particular. Me parece injusto que subsista el fuero militar, que ha sido derogado por casi todos los pueblos civilizados. Chile es uno de los pocos que lo conservan.

«Se dice, sin embargo, que la opinion pública no está suficientemente preparada para esta reforma. Lo siento, porque considero que la igualdad de todos los ciudadanos ante la lei es uno de los principios mas esenciales de un gobierno republicano. Decir que la opinion pública no está suficientemente preparada para ella, es lo mismo que decir que no está preparada para el gobierno republicano. Es una contradiccion que profesemos el principio de la igualdad de todos ante la lei, i que, no obstante, mantengamos un fuero privilejiado.

«Pienso que esta abolicion es un acto de justicia, si queremos obrar en conformidad con la constitucion que hemos proclamado.

«Yo creo que, si la opinion pública estuviese bastante ilustrada, los militares mismos serian los primeros que pedirian la abolicion de su fuero. Pero, supuesto que individuos que conocen mejor que yo la opinion pública, que están mas a el alcance de saber hasta qué punto se halla preparada para un cambio de esta importancia, sostienen que aun no es tiempo de hacer semejante reforma, desisto de la indicacion que hice en una de las sesiones anteriores.»

La intelijencia de don Andres Bello era demasiado despejada para abrigar añejas preocupaciones; pero queria que la sociedad marchase con tiento i mesura en el sendero del progreso para evitar tropiezos i caídas.

Es indudable que las ideas expresadas por don Andres Bello el año de 1849 en el senado respecto al fuero, no

eran las mismas que defendia en la prensa en 1836.

Debo prevenir, con todo, para salvar un escrúpulo de conciencia, que hai uno de los artículos insertos en este volúmen que fué redactado por Bello i otra persona, sin que pueda recordar quién era esa persona, ni cuál era ese artículo.

Probablemente ese opúsculo es el que principia en la pájina 89 de este tomo.

Por lo demas, en toda discusion, el distinguido estadista no buscaba mas que la verdad desnuda o la conveniencia social, segun los casos, haciendo completa abstraccion de una vanidad pueril o de cualquier interes privado.

Se seguia de aquí que, cuando se convencia de un error o de una equivocacion, lo confesaba en el acto sin subterfujios ni ambajes, en la prensa o en la tribuna.

Don Andres Bello simplificó notablemente la sustanciacion de los juicios, haciendo que se derogase el trámite de la conciliacion a que se daba entónces mucha importancia.

En *El Araucano*, número 291, fecha 2 de abril de 1836, decia a este respecto:

«Tratándose de establecer un nuevo reglamento de justicia, nos ha parecido oportuno copiar aquí el juicio de un eminente jurisconsulto frances, M. Favard de Langlade, sobre el procedimiento preliminar de conciliacion en que Chile tomó por modelo a la Francia.

«—El establecimiento de la conciliacion se debe a la asamblea constituyente. Fué una idea bien filantrópica la de obligar a las partes a explicarse i procurar la conciliacion de sus diferencias con la intervencion de un

majistrado digno de confianza, ántes de abrirles la arena de la justicia. En los primeros años, esta bella institucion produjo los efectos felices que se esperaban de ella. Pero en las grandes ciudades, i principalmente en Paris, no se tardó en echar de ver que la conciliacion era las mas veces una vana formalidad, que aumentaba inútilmente las solemnidades del procedimiento i los gastos de las partes.

«—En los distritos rurales i en las pequeñas ciudades, en que casi todos los habitantes se conocen unos a otros, la conciliacion no ha dejado de dar resultados mui satisfactorios, cuando los jueces de paz, escojidos por hombres de probidad, tenian las luces i demas calidades necesarias para inspirar confianza. Hai distritos en qué, por la cordura del juez de paz i sus maneras conciliatorias, ha llegado a ser, por decirlo así, un fenómeno el que dos litigantes que han comparecido ante él vayan a pleitear ante los tribunales.

«—Para obtener un objeto tan precioso, es menester que los jueces de paz se penetren de la santidad de su ministerio. Ellos son ánjeles de paz, elejidos para oír a las partes con paciencia, ayudarlas a explicarse, entrar en sus pensamientos, persuadirles a que se hagan sacrificios mutuos; i representarles cuánto mas ventajoso les será el hacerse justicia a sí mismas, que el ir a pedirla a los tribunales. En fin, no deben excusar ningun esfuerzo que conduzca a una avenencia, i restablezca la paz i union en las familias.

«—Pero, si estos majistrados son frios, si su semblante parece alejar la confianza, si miran la tentativa de conciliacion como una ritualidad ociosa, i solo tratan de desembarazarse lo mas pronto posible de los litigantes

que van a su presencia, es imposible que llenen el voto de la lei i se hacen indignos de su ministerio.

«—Se ha preguntado si la tentativa de conciliacion debe efectuarse públicamente o a puerta cerrada.

«—Como la lei no se ha explicado sobre este punto, deja la decision a la prudencia del juez. Fácil es conocer que hai ciertos negocios en que las partes tienen necesidad de estar solas para discutir sus intereses i entrar en avenencia. Pero todas las veces que el majistrado puede sin inconveniente ejercer sus funciones a presencia del pueblo, el voto del lejislador le obliga a dar esta garantía a la justicia i a la opinion pública.—»

Don Andres Bello era mas hostil que Favard de Langlade al trámite de conciliacion.

El jurisconsulto americano probó superabundantemente que aquel prólogo de todo juicio era superfluo, que duplicaba el proceso, i que no producia ventaja en la práctica.

Mediante su empeño, se suprimió despues ese aditamento inútil, sin perjuicio de que el juez pudiese reunir a las partes de oficio si conceptuaba que habia posibilidad de algun arreglo o transaccion.

En 1833, don Andres Bello tradujo el discurso preliminar del *Código Civil* de Francia por M. Portalis; i en 1834, un discurso pronunciado por M. Dupin en la apertura de la corte de casacion.

Al pié de este último, ponia la siguiente nota:

«¿Qué mejoras ha introducido la revolucion de 1810 en la lejislacion civil i criminal de Chile? ¿Hasta cuándo tendremos que responder: ninguna?»

Gracias al talento i a la laboriosidad del sabio eminente, Chile pudo presentar pocos años despues el *Código*

Civil, que puede competir con cualquiera de los que rijen en las naciones mas civilizadas.

Aunque tullido por la edad i agobiado por los achaques, don Andres Bello pasó aun sus últimos años en el estudio i el trabajo, como lo manifiesta la carta que copio a continuacion:

«SEÑOR DON RAFAEL SOTOMAYOR:

«*Julio 23 de 1860.*

«Señor ministro:

«He visto en los periódicos que uno de los proyectos sometidos, o que han de someterse por el ejecutivo, a las cámaras es relativo a la retroactividad de las leyes. Ignoro en qué términos está concebido; pero supongo que para su redaccion se habrá tenido presente el que yo me tomé la libertad de dirijir a Usía por si hallase en él algunas ideas que le pareciesen aceptables, i que tambien se habrán considerado los excelentes artículos publicados sobre esta materia por don Eujenio Vergara.

«Yo he adherido en muchos puntos a las juiciosas observaciones de este señor; pero me ha parecido haber encontrado en ellas uno que otro en que no he podido suscribir a su opinion. He consignado las mias en el discurso que tengo el honor de acompañar. Se trata en él de cuestiones que pudieran sujerir algunas modificaciones importantes en el proyecto del gobierno. Usía sabrá darles el valor que merezcan.

«Aprovecho esta oportunidad para manifestar a Usía lo sensible que me ha sido que una larga i penosa enfermedad me haya impedido llenar un compromiso que Usía no puede ménos de tener presente, i cuyo retardo

le habrá parecido, sin duda, bastante extraño. Trabajo en él con asiduidad i me prometo desempeñarlo en breve. Espero que el señor presidente mirará con su acostumbrada induljencia esta involuntaria falta.

«Tengo el honor de suscribirme de Vuestra Señoría, su atento servidor.

«*Andres Bello.*»

Es evidente que don Andres Bello hubiera dejado una herencia cuantiosa, aunque de seguro ménos gloria, si se hubiera dedicado a ejercer la profesion de abogado.

Sin embargo, movido por la amistad mas bien que estimulado por el lucro, contestaba a todas las consultas que se le dirijian.

En este tomo, se publican dos de estos trabajos inéditos en que se trata de la aplicacion de varias disposiciones legales a casos concretos.

Las opiniones de don Andres Bello respecto de los artículos del *Código Civil* son mas importantes que las glosas de Gregorio López que vienen al pié de las leyes de *Partida*.

Los opúsculos a que aludo, son hasta cierto punto los ejemplos intercalados en las leyes sancionadas por don Alonso XI.

¡Ojalá que los alumnos de jurisprudencia imitasen la forma sobria, precisa i sustanciosa de esos trabajos!

La concentracion de las ideas simplifica enormemente la fatigosa tarea del juez i la del mismo abogado.

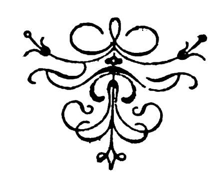
Los jurisconsultos antiguos solian reunir bajo el título de resoluciones varias las doctrinas que habian sustentado en las cuestiones privadas sometidas a su decision o en que habian intervenido.

Las opiniones del ilustre redactor del *Código Civil* son dignas de compilarse, no solo como el dictámen de un jurisconsulto, sino como una fuente de la lei.

El presente volúmen manifiesta al autor bajo una faz diferente de la que aparece en los anteriores.

Habia en don Andres Bello muchos hombres: un filósofo, un crítico, un poeta, un gramático, un estadista i un jurisconsulto de primer órden.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI.



OPÚSCULOS JURÍDICOS

PUBLICIDAD DE LOS JUICIOS

La constitucion judicial, asunto de inmensa importancia en todos tiempos, i principalmente en las revoluciones que trasfieren el poder político de unas manos a otras, no ha excitado todavía en los nuevos estados americanos la atencion que merece; i a proporcion de las reformas que se han introducido o tentado en otros ramos, se puede decir que ha sido enteramente descuidado, resultando de este olvido no pocos de los desórdenes i vicios que han mancillado su gloriosa revolucion i hecho vacilar sus gobiernos.

Si las leyes llevan siempre la estampa del réjimen bajo el cual se han formado, las nuestras, herencia del despótico imperio romano, amalgamadas con la doctrina de falsas decretales, fraguadas en siglos de tinieblas, i con los fueros de una nacion guerrera i bárbara, mal podian adaptarse al espíritu de nuestras instituciones democráticas. ¿Pudieron, no decimos los sucesores de Fernando el Católico, sino los Alfonsos, los Ejicas, los Ervijios, o subiendo mas arriba, los Justinianos i Teodosios, dar reglas para la administracion de los negocios de sociedades que habian de levantarse en un mundo tan diferente del suyo, i a quienes estaba reservado un órden de cosas que los unos desconocieron del todo, i los otros proscribieron i extirparon de sus dominios con el mayor cuidado i empeño? Sucedió, pues, lo que era natural que suceda, siempre

que se trata de injertar una nueva forma de gobierno en un cuerpo de leyes dictado por otras miras, i calculado para una sociedad montada sobre diversos ejes. Entre la obra apresurada de la revolucion i el producto de los lentos trabajos de tantos siglos, era necesario que hubiese una lucha continua. Principios abstractos, que para los mas eran denominaciones sin sentido, pugnaban con hábitos i preocupaciones inveteradas, que contaban con auxiliares poderosos en casi todas las profesiones existentes. Constituciones han sucedido a constituciones; i los materiales sobrepuestos no han podido jamas conglutinarse i formar un todo con aquéllos que necesariamente debian servirles de basa.

Si hai algo completamente demostrado por la experiencia del jénero humano, i especialmente por la de los últimos cuarenta años, es que no debe esperarse subsistencia ni buenos efectos de ninguna constitucion modelada por principios teóricos, sin afinidad con aquéllos que por una larga práctica han adherido íntimamente al cuerpo social, i han penetrado sus mas ocultos muelles, o trasplantada de un suelo en que ha sido produccion indíjena a otros en que le falta la influencia de aquel espíritu nacional, de aquellas leyes i costumbres, que se han desarrollado junto con ella i crecido a la par, fortaleciéndose i modificándose mutuamente. Revoluciones que hayan mejorado verdaderamente la suerte de los pueblos no han sido por lo regular, sino aquéllas en que se han aplicado remedios, por decirlo así, caseros a males jeneralmente sentidos. En lugar de teoremas de derecho público, se tienen entónces a la vista objetos prácticos, la limitacion de una prerrogativa, o la vindicacion de un derecho específico; i no se pone en planta para la consecucion de estos objetos una máquina enteramente nueva, cuya accion es imposible dirijir i calcular, sino se emplean instrumentos conocidos, en manos acostumbradas a usarlos. Así en la revolucion que expelió a los Tarquinos, Roma no hizo otra cosa, que transferir el poder rejio, casi puramente ejecutivo, a dos majistrados anuales; el pueblo siguió ejercitando del mismo modo que ántes las facultades lejislativas i electivas, i el senado fué el consejo de los cónsules,

como lo habia sido de los reyes. La imperfeccion de aquella primera planta republicana produjo inconvenientes a que se proveyó por medio de varias instituciones nuevas: la pretura, la dictadura, la censura, el tribunado, la apelacion al pueblo, la elejibilidad de los plebeyos; instituciones que, creadas una a una i a largos intervalos, se plegaron tanto mas fácilmente a los hábitos e intereses que encontraron formados, cuanto que habian sido sujeridas por ellos. Las repúblicas que nacieron en Italia i Alemania en la edad media, debieron su oríjen a una serie de inmunidades i exenciones, adquiridas por prescripcion o arrancadas en diversas épocas a las necesidades pecuniarias de los príncipes i grandes feudatarios, caminando tan lentamente a la independencia, que es casi imposible señalar su principio. En fin, ¿qué hicieron los americanos del norte para constituirse en nacion? ¿Tuvieron acaso que proclamar principios nuevos, desconocidos a sus mayores? El gobierno representativo, la libertad de la imprenta, los juicios por jurados, la exencion de toda carga no consentida, contaban entre ellos la misma fecha que su existencia, i eran tan verdaderamente su patrimonio, como el de los ingleses de Europa.

Nosotros nos vimos en la triste necesidad de obrar de otro modo. En los materiales que el réjimen colonial de España habia dejado a nuestra disposicion, habia poco o nada de que pudiésemos aprovecharnos para formar constituciones populares i libres. Ningun vestijio de representacion nacional; ningun principio de vida interior; una fuerza extraña dirijia sin la menor intervencion nuestra los movimientos del cuerpo social, i los dirijia siempre en oposicion a nuestro interes, sacrificando aun los suyos propios al vano objeto de retardar nuestra emancipacion. Era necesario crearlo todo. Pero, si en esta creacion no se procedió siempre con tino, es ya demasiado tarde para empezar de nuevo. Todo lo que está a nuestro alcance es estribar las constituciones existentes, i mejorarlas por los medios que ellas mismas proporcionan, trabando entre sí las diferentes partes del sistema político, para que se apoyen i consoliden mutuamente. El mayor mal de que pueden

TxU



adolecer los gobiernos nuevos, i que en las circunstancias en que se hallaba la América era imposible evitar, consiste en su novedad misma, en la falta de armonía entre las instituciones recientes i los establecimientos antiguos; de que se sigue que todo trastorno empeorará nuestra situacion por el mero hecho de sustituir un sistema a otro; i que el mejor remedio que puede aplicarse a los inconvenientes de una constitucion que vacila porque no ha tenido tiempo de consolidarse, es mantenerla a toda costa, mejorándola progresivamente, i sobre todo acomodando a ella las demas partes de nuestra organizacion política.

De todas éstas, como anunciamos arriba, la mas importante, por lo que influye sobre las otras, es la organizacion de los juzgados. Si entre ésta i la forma constitucional, no hai una conexion estrecha; si ambas no tienen un mismo carácter; si no las vivifica un mismo espíritu, es en vano esperar que nuestros gobiernos satisfagan a las necesidades del cuerpo social. Esta armonía es lo único que puede hacer sólido el gobierno, dándole por aliadas las leyes, i hacer venerables las leyes, vinculando las libertades i fueros de los ciudadanos en su inexorable observancia. Pero, por una fatalidad comun a todos los nuevos estados, miéntras que el hacha de la revolucion ha derribado sin piedad tantos establecimientos antiguos, el jenio del depotismo ha encontrado un asilo impenetrable en el foro. El jenio del despotismo, decimos, porque donde las leyes no son reglas ciertas, fijas, inmutables; donde hai arbitrariedad, cualquiera que sea el sentido en que se manifieste; donde una lenidad indiscreta hace impotentes i despreciables la leyes, no ménos que donde una majistratura servil o prostituida las hace instrumentos de la tiranía o de la codicia; existe de hecho el despotismo, i derrama su pestífera influencia sobre la virtud i la felicidad del pueblo. La organizacion lejislativa i la ejecutiva no tienen en realidad valor alguno, sino en cuanto nos aseguran que las leyes serán conformes al interes de la comunidad, e imparcial i eficazmente observadas. Pero ¿de qué servirá la bondad intrínseca de las leyes, miéntras no se observan? Creemos, pues, que el punto capital a que debe dirijirse la

atencion de los nuevos gobiernos, es a establecer una administracion de justicia, verdaderamente republicana i liberal, carácter que no tendrá miéntras que las leyes no sean puntual i escrupulosamente observadas.

Uno de los defectos que notamos en nuestros juzgados i que nos parece enteramente incompatible con la naturaleza de los gobiernos representativos, en que la justicia se administra a nombre del pueblo, es la poca o ninguna publicidad de los juicios. Si nada conjenia mas con el despotismo que el misterio, la publicidad de todas las operaciones de los mandatarios del pueblo es el carácter propio de los gobiernos populares i libres; i ¿en cuáles será mas conveniente o necesario el freno de la opinion pública que en las de aquellos funcionarios a cuya custodia están encomendadas la vida, la hacienda, el honor de los ciudadanos? ¿I bajo qué pretexto querrá el majistrado sustraer parte alguna de sus actos a la inspeccion del público? La publicidad de los juicios, bajo cualquier aspecto que se mire, es, de todas las instituciones políticas, la mas fecunda de buenos efectos. Ella es el único preservativo seguro de la arbitrariedad i de las prevaricaciones. Ella pone de bulto la fealdad de los delitos, i vigoriza las leyes, amedrentando a sus infractores con la infamia, que no puede ménos de acompañar a la conviccion. Ella las hace inflexibles contraponiendo a las consideraciones, a los empeños, i a otros medios, aun mas criminales de que los poderosos se valen demasiadas veces para eludirlas, la fuerza invencible de la opinion pública, que ejerce una judicatura suprema, que lo ve todo, que escudriña la conciencia misma de los jueces, i a cuyos fallos no puede sustraerse autoridad alguna. Ella ejerce al mismo tiempo una censura vijilante sobre las costumbres, i graba profundamente en los ánimos los principios de rectitud i honor. Ella es uno de los mejores medios de instruir a la nacion en las reglas que la gobiernan, i de dar a conocer prácticamente su aplicacion i su tendencia, los efujios con que se logra a veces evadirlas, i los defectos o vicios de que adolecen. ¿Qué espectáculo mas instructivo i mas útil que el que presenta a los ciudadanos, no en aventuras imajinarias, no en

frias lecciones de moral, sino en su propio sér i con sus nativos colores, la tentacion que arma el brazo del malhechor, los lazos que la seduccion tiende a la inocencia, las maquinaciones de la ambicion i la avaricia contra el honor, la vida i las propiedades de los ciudadanos?

Mas, para que esta publicidad produzca todos sus buenos efectos, es necesario que iguale o se acerque a lo que es en el dia en Inglaterra, Francia, los Estados Unidos i las demas naciones que gozan de instituciones verdaderamente liberales. Cada juicio es allí un gran drama de que toda la nacion es espectadora. Cada testigo es examinado por los abogados de una i otra parte a presencia del tribunal i de cuantos quieren concurrir; i el rigor de los interrogatorios, unido al terror de la infamia que recaeria con doble fuerza sobre un acto tan público i solemne, hacen moralmente imposible la desfiguracion u ocultacion aun de las mas mínimas circunstancias del hecho. Los abogados alegan, i el juez pronuncia la sentencia del mismo modo; i como todo lo que pasa en los tribunales aparece al dia siguiente en las gacetas, se puede decir sin exajeracion que el pueblo entero asiste a los juicios, i se informa menudamente de todos los datos en que se funda el fallo de los jueces.

Bien vemos que el dar a los juicios la completa publicidad de que tanto distan entre nosotros, es empeño de una magnitud que acobarda; i que, para hacerla efectiva, sería necesario transformar enteramente los procedimientos judiciales. Pero caminando paso a paso, adoptando hoi una medida i mañana otra, dividiremos la dificultad en partes, que podrán allanarse sucesivamente, i darán tiempo para que se formen sin violencia los hábitos que exije todo establecimiento nuevo. Estamos convencidos de que sin esta revolucion serán siempre de poquísimo valor real todas las otras, porque sin ella no puede existir ni aun la sombra de la libertad, que no es otra cosa que el imperio de las leyes. Las garantías que no se apoyan en una buena administracion de justicia, son fórmulas sin sustancia; i faltando la publicidad de los juicios, la administracion de justicia es peor todavía en los estados populares que

en los despóticos. Díctense restricciones i trabas; multiplíquense los reglamentos; si la inspeccion del público no preside a su ejecucion, serán siempre infructuosos, i su multiplicidad servirá solo para empeorar el mal.

(*Araucano*, año de 1830.)

MEDIDAS CONTRA LA CRIMINALIDAD

MINISTERIO DEL INTERIOR

Santiago, enero 15 de 1831.

El gobierno recibe frecuentes i amargas quejas de varios pueblos de la república por la continua alarma en que pone a sus vecinos la repeticion de atroces asesinatos i robos inauditos. Los hombres honrados se ven en la necesidad de halagar a los malhechores para ponerse a cubierto de los riesgos a que están expuestas sus propiedades i sus vidas. Los jueces contemporizan con los malvados que pudieran aprehender, porque temen que, quedando impunes, la misma impunidad les aliente para descargar su zaña sobre sus aprensores. El intendente de Colchagua asegura al gobierno que se estremece al oír tantos i tan enormes excesos, como se cometen diariamente en los diversos departamentos de la provincia. En una visita de cárcel que practicó en Curicó, dice haber encontrado dieziocho facinerosos, de los cuales el que ménos habia cometido dos muertes; entre ellos, habia uno que contaba ya veinte asesinatos, incluso el que perpetró en su propia mujer. Anuncia tener en su poder el sumario levantado a un reo que confiesa llanamente haber cometido un asesinato en Guacargüe, sin mas motivo que el gusto de asesinar; i acompaña a este crímen la notable circunstancia de haberse detenido en picar los ojos al cadáver del degollado. Otro individuo del mismo paraje mató a su padrastro por solo haberle reprendido de palabra, segun

su propia confesion. Noticia igualmente al gobierno, hallarse plagada la provincia de los mas temibles facinerosos, que tienen sobrecojidos a los jueces, i se pasean causando luto i amargura por todas partes; i en sí mismos dan testimonio de que la administracion de justicia se halla en un estado deplorable. La buena índole de los habitantes se ve contradicha por sucesos que algunos atribuyen con horror al abandono del ramo mas importante de la administracion. El intendente de Colchagua anuncia, por último, que el bandido Pincheira contará siempre con un apoyo formidable en los facinerosos de la provincia.

El gobierno, para precaver i prevenir estos estragos, sabiendo que la inseguridad de las cárceles de los pueblos de fuera, i la dificultad de formar los sumarios a los reos, por la clase de personas a quienes por necesidad se encargan las judicaturas territoriales, tienen mucha parte en la impunidad de los delitos que se observan con escándalo; i viendo ademas cometer todos los dias atroces asesinatos i robos sin que se oiga hablar de un escarmiento, ni de un castigo condigno, se dirijió al congreso de plenipotenciarios en 14 de julio del año próximo pasado, exponiéndole la necesidad de crear comisiones ambulantes de justicia, que, repartiéndose por los campos, pusiesen algun término a la multitud de crímenes que se cometen, i el congreso tuvo a bien disponer se cometiesen a la suprema corte la formacion de un proyecto de lei o reglamento sobre la breve sustanciacion de causas criminales, i especialmente las de asesinato i salteo, con lo demas que aparece en el oficio del congreso de 2 de julio que se trascribió a la suprema corte al dia siguiente. Van corridos mas de seis meses; i hasta ahora no ha evacuado este tribunal este cargo, el mas importante que pudiera confiársele.

El gobierno no puede ser indiferente a tamaños males; i no teniendo medios para remediarlos inmediata i directamente por sí mismo, me ha ordenado su excelencia el vice-presidente me dirija a la suprema corte en los términos que lo hago, para darle oficialmente estas noticias que quizá tendrá de un modo privado, para que, cumpliendo con la parte 10.ª del artículo 96

de la constitucion, se contraiga a examinar las causas del mal i aplicar el remedio, dando con la brevedad posible cuenta al gobierno, el cual seria e infatigablemente se ocupará en el cumplimiento de lo que le impone el párrafo 5.° del artículo 84 de la constitucion.

Dios guarde a V. E. Hai una rúbrica de S. E.

DIEGO PORTÁLES.

A la suprema corte de justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Santiago, enero 20 de 1831.

Ha visto la suprema corte con bastante amargura el cuadro deplorable que en nota de 15 del corriente le presenta usía de los crímenes horrorosos que se cometen con tanta frecuencia en los pueblos, i de la multitud de malhechores i asesinos que los infestan. Testigo de estos desórdenes, así como lo es hasta el último ciudadano, hace tiempo que, en cumplimiento de la lei de su institucion, ha meditado seriamente en descubrir las causas i el remedio eficaz de tantos males; i desgraciadamente la experiencia ha acreditado que, así como es fácil el conocimiento de aquélla, es dificultosa la ejecucion de los planes necesarios para hacer concebir resultados prontos i lisonjeros.

Cuando con fecha 3 de noviembre último se trascribió a esta suprema corte la nota de 2 del mismo del gobernador local de esta capital, que instruye al supremo gobierno de la multitud de crímenes que incesantemente se cometen en este departamento, se tocaron varios arbitrios para averiguar el oríjen de aquéllos, i se pidieron informes a la ilustrísima corte de apelaciones i al juez de letras en lo criminal. En vista de todo, la corte suprema no ha hecho sino ratificar su antiguo dictámen, de que el oríjen principal de los delitos no está en la administracion de justicia, sino en otras causas mui distintas i complicadas, i de que, así como la impunidad de los delitos contribuye directamente a fomentarlos, esta impunidad no nace de

la conducta de los jueces, sino mas bien de los encargados de la policía.

La lejislacion criminal que nos rije, es del todo incompatible con nuestras costumbres actuales; son demasiado palpables sus vicios para que fuese oportuno el enumerarlos aquí. La vaga aplicacion de las penas, su falta de graduacion, el olvido absoluto de algunos delitos, la suma severidad en el castigo de otros, son motivos que destruyen la proporcion que debe reinar entre el delito i la pena, animan a los malhechores a los mas horribles atentados, i sirven de escollo insuperable a la administracion de justicia. Nacidas en las tinieblas de tiempos tan oscuros i remotos, i hechas para pueblos de un carácter i costumbres tan diferentes del nuestro, las leyes vijentes son una barrera mui difícil para contener los crímenes. Si hemos tenido arbitrios para sacudir la dominacion política de España, aun yacemos bajo la servidumbre legal; este es el mismo atraso que padecen las nuevas repúblicas de América, i que con sus terribles efectos tendrán que sufrir una serie de años quizá interminable. La organizacion del código criminal de un pueblo es una de las grandes épocas de la vida de las naciones; i no está en nuestras manos anticipar el tiempo i las circunstancias en que deba suceder, si alguna vez ha de llegar para nosotros esta época dichosa.

Entre estas leyes, se distinguen algunas que parecen hechas a propósito para fomentar la criminalidad en Chile. Tal es la que excusa de la pena capital al homicida que delinque en estado de embriaguez. Con un carácter decidido i valeroso, i en medio de la suma abundancia de licores que la naturaleza prodiga en nuestro suelo, la plebe chilena, aunque fuera la mas virtuosa e ilustrada del mundo, se veria siempre víctima del azote exterminador de la bebida, miéntras no se le oponga un freno bien fuerte, que contenga los efectos de este vicio abominable. La mayor parte de los crímenes se perpetran en los lugares de distraccion i en los accesos de la embriaguez; i aunque en realidad no suceda así, este es el asilo ordinario de los criminales, para el que la compasion i la amistad les proveen siempre de testigos.

No es ménos vituperable i antisocial la lei que autoriza las transacciones privadas entre el homicida i los representantes de su víctima, para excusar al primero la pena de sangre que mereciera. Los hombres capaces de cometer este delito, se prometen evadir la pena por medio de una lijera compostura, a que los ofendidos se ven obligados por su miseria i las dificultades que suele haber de perseguir al delincuente. Para éste, poco importa la pérdida temporal de su libertad, si es que le aprehenden, pues su influencia en los pueblos pequeños, o las circunstancias particulares del país le ofrecen fácilmente los medios de evadirse i abandonarse de nuevo al delito.

La diferencia de fueros en el ejercicio de la jurisdiccion criminal, será siempre el manantial inagotable de la desorganizacion moral de los pueblos. En las campañas, es donde se sienten mas de cerca los resultados ominosos de la separacion del fuero militar del ordinario en las milicias, i por la que los jueces mil veces no pueden perseguir a los criminales, que no saben mas táctica que reclamar la proteccion de sus jefes; éstos no la niegan porque aspiran a formar partido i hacer sentir alguna vez la realidad de su cargo, que sin otro ejercicio talvez ni se supiera que existia. Así es que la competencia, la emulacion, i la ignorancia dejan comunmente impunes i fomentan los delitos.

La falta de penas que aplicar a los delicuentes, es otra de las causas mas directas del aumento de los crímenes. La de muerte fácilmente se elude, o con los pretextos que se han explicado, o con los indultos, que en otros tiempos han sido bastante frecuentes. La falta de policía en los pueblos, i de casas seguras de detencion, i los repetidos movimientos políticos, han abierto mui amenudo las cárceles a los delincuentes mas atroces. Los presidios de la capital apénas han podido dar abasto a los criminales del departamento, i los defectos e inseguridad de estas casas son males que aun no se han podido remediar. El de Valdivia, que sirvió largo tiempo hasta una época bien reciente para la confinacion de los reos mas graves, jamas correspondió a los fines de su establecimiento; pues el dia mismo que llegaban allí se fugaban los presidarios

para abandonarse de nuevo al pillaje i al latrocinio. Juan Fernández forma en el dia el depósito de éstos; pero los buenos efectos de un presidio bastante seguro, no son resultados que pueden palparse en el dia, cuando aun existe derramado en todos los pueblos el jérmen de inmoralidad que difundió el desórden de algunos años.

Todas estas causas que protejen la criminalidad, desaparecen como en un abismo, cuando se vuelve la vista a la desorganizacion política de los pueblos, i al abandono en que yacen los subalternos ejecutivos i de policía. En medio de tantas oscilaciones políticas, no cesa el flujo i reflujo de mandatarios de partidos opuestos, que llevan a sus destinos odios, parcialidades, i que disimulan los delitos por el empeño de formarse prosélitos; los delitos que cometen los prepotentes, o ellos mismos, careciendo de celadores que los descubran, no pueden tener jueces que los castiguen. Es difícil tener datos fijos sobre el descuido de estos subalternos; pero una observacion sola es capaz de hacer ver el exceso a que puede llegar. Segun las razones recojidas por el juez de letras de esta capital, se cometieron cuarenta i un homicidios desde junio hasta mediados de noviembre del año próximo anterior en este departamento; solo la sexta parte pertenecia a este pueblo, i de ninguno de ellos se formó sumario, ni se remitió al juez competente un solo acusado. Lo único que mandan es el cadáver, con una nota en que se avisan el hecho i la evasion del autor. Si esto sucede donde la policía i el órden público se hallan mas bien sistemados i establecidos, aun mayores males i descuidos deben suponerse en los demas pueblos. Tales vicios no podrán nunca remediarse, miéntras no se confieran los destinos subalternos de gobierno i policía a los vecinos mas instruidos i respetables en todos los pueblos.

Cada revolucion política arroja en éstos, como la erupcion de un volcan, una lava de malhechores que por mucho tiempo permanecen cometiendo las depredaciones i atentados mas horribles. La discordia civil es la trompeta que pone en accion a tan infames ajentes; convierte sus intenciones criminales en objetos de alta política, se embanderan en los partidos, reciben

armas, i aun cuando siguen en la carrera de sus excesos es con un nuevo colorido que los autoriza para cometerlos peores. Al fin la tormenta pasa; i estos malhechores, para quienes el crímen se habia convertido en deber, continúan, habituados con la impunidad, sin máscara alguna en su ejercicio. Su número se aumenta con la copia de prófugos, desertores i otros muchos desvalidos que en estas crísis de horror pierden su pequeña fortuna i carecen de arbitrios para sobrellevar sus deberes. Entre tanto, los resortes de la administracion de justicia, cuyo movimiento regular solo puede existir en el seno de la paz i del órden, se aflojan, debilitan; i si no desaparecen del todo, es porque felizmente se hallan en manos de jueces íntegros e imperturbables que los dirijan. Su poder es meramente moral, nada tiene de físico i ejecutivo. Se menosprecia, se pasa sobre él en medio de las mas fuertes convulsiones; i despues que han cesado, se quisiera reponerle toda la respetabilidad i enerjía necesaria para reparar los desórdenes que causó la desorganizacion de todas las autoridades.

Ha procurado la suprema corte, infatigable en su celo, tocar los arbitrios que están a su alcance, i son de su deber, para evitar tantos males que amenazan al ciudadano. I en realidad halla que no es la administracion de justicia el oríjen fatal de aquéllos. Hace pocos dias que se ha ocupado en dictar las formas i períodos en que deba dársele cuenta por todos los jueces del país, del estado i sustanciacion de las causas que estén a su cargo. Ha observado en las últimas visitas de cárcel el mejor arreglo en los juzgados i tribunales de la capital; i si no presencia que se aplique la pena de muerte con la frecuencia que se cometen los delitos, es seguramente por los inconvenientes que se han notado. El juzgado de primera instancia ha sustanciado por escrito en el año pasado setenta i cuatro causas; i los mas de los criminales han sido remitidos a Juan Fernández.

Tales i otras varias atenciones, con bastantes dificultades que vencer, han imposibilitado el proyecto sobre sustanciacion de causas criminales; mas la suprema corte trabaja incesantemente en él, en sesiones diarias que celebra para este solo objeto. Entre tanto, recomienda al supremo gobierno la prefe-

rencia con que debe dictarse i circularse en todo el país una lei dirijida a decretar: 1.° Que en los delitos cometidos en estado de embriaguez, no solo se deberá aplicar la pena proporcionada a ésta, sino tambien la que corresponde a la clase del delito cometido; 2.° Que ninguna transaccion o convenio privado excusará la pena de sangre que debe aplicarse al delincuente, sin atencion a dicho convenio; 3.° Que los empleos ejecutivos i de policía en los pueblos i campañas recaigan en los sujetos mas distinguidos i respetables, que deberán admitirlos sin excusa alguna, i pagar multa si renunciaren.

Dios guarde a V. S. muchos años.

JUAN DE DIOS VIAL DEL RIO.

Señor Ministro de estado en el departamento del interior.

Publicamos con sentimiento los documentos que anteceden, por la demostracion que se hace en ellos de los vicios i delitos que aflijen a los pueblos de Chile; pero tambien demuestran que el gobierno se empeña en correjirlos, i que el primer tribunal judicial de la nacion se emplea en averiguar sus causas, i se manifiesta dispuesto a adoptar medidas para exterminarlos. Estamos convencidos de que el oríjen de este mal procede, a mas de las causas que expresa la corte suprema, de esa ignorancia semi salvaje en que yace nuestra plebe, porque, careciendo absolutamente de toda idea de moral, no estando acostumbrada a hacer uso de la razon, i no habiéndosele inspirado desde la infancia sentimientos de humanidad, se deja arrastrar por las pasiones mas perniciosas. Una luz mui opaca de relijion, i el deber de sufragar a sus necesidades, constituyen el fondo de toda su educacion; así es que no hai vínculos que la liguen con las leyes, i apénas tiene sentimientos que le hagan percibir la inmensa distancia que media entre el bien i el mal. Se entrega sin reflexion al desenfreno de los placeres; i se deja conducir sin temor ni desasosiego por el exceso de la ira i por la bárbara pasion de la venganza. Es inaccesible a la compasion; i aunque vea correr a torrentes la

sangre humana, no manifiesta indicios de sensibilidad. Los chilenos son por lo regular de un carácter esforzado; i criándose los de la clase baja sin ninguna educacion, no es extraño que la misma fuerza de su jenio i el hábito de la independencia los hagan feroces.

El único remedio que parece natural para evitar los crímenes con que tan frecuentemente horrorizan a los ciudadanos honrados i a los observadores extranjeros, es el establecimiento de escuelas en las campañas, en donde se les haga conocer lo bueno i lo malo, se les instruya en sus deberes, i se les formen costumbres arregladas a la lei. Miéntras la educacion popular no se jeneralice, i miéntras los hombres estén entregados a esa libertad brutal, ni la relijion tiene influencia para preservarles de los delitos, ni la severidad de las penas hará mas que contenerlos por el horror del escarmiento, sin inspirarles ningun sentimiento de virtud. Si se repitieran los castigos con la frecuencia que se cometen los crímenes, quizas el espanto perderia su vigor, i los hombres acostumbrados a espectáculos horribles, contraerian el hábito de despreciarlos, i la aplicacion de las penas mas fuertes vendria a quedar sin efecto. Un asesino castigado con el último suplicio, i puesto a la espectacion pública, causa impresiones vehementes en las almas insensibles; i por lo mismo estas impresiones son tan pasajeras que, a los pocos momentos de apartar la vista del patíbulo, no dejan ningun vestijio de haber existido, i los espectadores solo recuerdan aquel objeto sangriento, como un suceso de curiosidad. Sería mejor condenar a los malhechores a trabajos forzados, para aprovecharse de sus brazos, i para que su presencia sirviera de leccion i de escarmiento. No nos faltarian autoridades respetables, i principios tan sólidos como filantrópicos en que apoyarnos; pero la situacion moral de la república i la administracion política de los pueblos no permiten por ahora su aplicacion. Los males que se sufren son efectivos, i es preciso correjirlos.

Algunos creen que la perpetracion de asesinatos i salteos procede de la lenidad de los tribunales; esto podrá ser un defecto de correccion, mas nunca puede considerarse como

una causa ocasional del delito. Tampoco debe calificarse de criminal esa compasion de los jueces, como se dice vulgarmente, porque, teniendo por delante leyes que no pueden echar por tierra, les es preciso someterse a ellas. Para inflijir penas, se necesitan pruebas tan claras como la luz; i éstas no se presentan en todos los procesos. El mismo hábito de asesinar, que por desgracia se ha extendido demasiado, ofrece a los criminales recursos para burlar la severidad de la justicia. La mayor parte de los asesinos, en el momento de perpetrar el crímen, encuentran compañeros, amigos o protectores que los oculten, i les proporcionen medios para fugarse; i los que son aprendidos rinden una abundante informacion de buenas costumbres i vida arreglada, que hace vacilar a los jueces. De aquí nace esa lenidad que se les imputa, pues no conociendo ni a los testigos que informan del delito, ni a los que abonan al delincuente, se pierde su vigor entre las dudas.

En la administracion de justicia, no entran razones de estado ni conveniencias políticas que autorizaban en otro tiempo providencias gubernativas las mas absurdas. Solo manda la disposicion de la lei; mas como ésta exije ciertas fórmulas para ser aplicada, la mas pequeña falta de aquéllas embaraza su cumplimiento, muchas veces quizá contra la prevencion de los jueces. Se les acusa de compasion, o de lenidad, sin advertir que esto mismo los justifica, pues el hombre verdaderamente honrado debe estremecerse al condenar a perder la vida a un semejante contra el cual no se le presentan pruebas tan claras i convincentes que sirvan de descanso a su conciencia. Casi todos los asesinos se disculpan con la embriaguez que una lei consagró en justa defensa, i los jueces no pueden separarse de su disposicion, cuando se les presenta el testimonio de muchos declarantes que exponen que verdaderamente el malhechor se hallaba privado de la razon en el acto de su desgracia. Dos testigos contestes en hecho i circunstancias hacen prueba plena segun una lei; segun otra, los jueces deben respetarla; i por otra, en caso de duda, tienen obligacion de ampliar lo favorable i restrinjir lo adverso.

La corte suprema piensa mui bien cuando pide que se des-

precie esa lei que favorece a los asesinos bajo el pretexto de la embriaguez, porque a la verdad no se alcanza la razon por que un vicio pueda servir de disculpa para el mayor de los crímenes. Parece que se autorizara a los hombres para que se entreguen a la intemperancia con el designio de cometer un crímen impunemente, o para que tomen ese estado, en que el exceso pernicioso de un placer perturba todas las potencias, por pretexto para evadir las justas penas de los mas atroces crímenes.

Entre los defectos de nuestra jurisprudencia criminal, indica la corte suprema la disposicion de una lei de *Partida* que permite hacer transacciones entre el agresor i el ofendido, o los parientes de éste. No sabemos que la observancia de semejante lei haya ocasionado jamas en nuestros tribunales la impunidad de los delincuentes. La creemos sin uso, porque no tenemos noticia de que se haya acostumbrado en el país el transijir los reos con los acusadores, u ofendidos: hablamos del departamento de Santiago principalmente, cuyos jueces están bajo nuestra observacion, i en donde los asesinatos i demas delitos atroces van en una decadencia visible a proporcion que las luces se difunden, i que la vijilancia de la policía se mantiene en vigor por la cercanía del gobierno, i demas razones que hacen mejor el réjimen de una capital, que el de las poblaciones subalternas. Si en los campos se acostumbran semejantes transacciones, i los jueces las autorizan, este es un mal que proviene de la ignorancia i de la inmoralidad.

Los jueces del campo se contentarán con que un delincuente pague el daño causado, porque nada les importa la pena del crímen. Les parecerá que, estando satisfecho el interes individual, se acaba toda responsabilidad en los malhechores, porque no gozan de ese sentimiento que inspira la *vindicta pública*, debido a la influencia de la moral i al dominio del conocimiento exacto del bien i del mal social. Autorizarán maquinalmente una compostura entre un asesino atroz i una viuda imbécil, o hijos sin educacion, para poner en libertad a centenares de malvados, que, asilados de ese derecho de transaccion o compostura, no hacen mas que andar del sitio del crímen al de la prision, i del de la prision al del crímen. La

transaccion les sirve de pasaporte; i la ignorancia de los jueces, de autorizacion. Mas esta conducta no puede apoyarse en la lei de *Partida* (la 22, título 1.°, *Partida* 7) a que se refiere la suprema corte, ni tampoco los jueces deben valerse de ella para excusar a los criminales de la pena de sus delitos.

Tiempo há que se disputa entre los jurisconsultos sobre la intelijencia de esa lei; i parece que la razon dicta que por ella no puede remitirse la pena de que se haya hecho digno un malhechor para con la sociedad. Un hombre puede perdonar el daño que se le ha inferido; mas de aquí no se sigue que el ofensor deba quedar exento del castigo que merece por haber faltado al respeto público. El jurisperito Antonio Gómez, respetado como oráculo en nuestro foro, en el tomo tercero de sus *Resoluciones*, se hace cargo de la disposicion de esa lei. Expone doctrinas, opiniones i argumentos sobre su intelijencia. Cuenta que en una ocasion, habiendo sido sentenciado a muerte un asesino, no obstante de haber transijido con los representantes del muerto, por consejos de un fraile recurrió al rei manifestando que la sentencia era contra la lei. El rei hizo suspender su ejecucion, llamó a los jueces i se informó de personas doctas, i con su consejo mandó ejecutar al delincuente. Sin embargo de este pasaje, Antonio Gómez aconseja que se esté a la práctica hasta que se declare el sentido de la lei; pero agrega unas cuantas limitaciones de los casos en que deben despreciarse las transacciones, que dejan sin efecto su aplicacion, al ménos en Chile, en donde se juzga por sus doctrinas i las de otros criminalistas. Gutiérrez, reformador de Febrero, dice que esta lei está derogada por la 10, título 24, libro 8 de la *Recopilacion de Castilla*,* i como ésta solo habla de la pena de ga-

* «Por cuanto somos informados que algunos han querido poner duda i dificultad, si en los delitos en que se procede a instancia i acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal, declaramos: que, aunque haya perdon de parte, siendo el delito i persona de calidad que justamente puede ser condenada en pena corporal, sea i pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras por el tiempo, que segun la calidad de la persona i del caso pareciere que se puede poner.»



leras, añade que esto procede de que «quizá la duda que dió motivo a ella recayó sobre aquel castigo; i las expresiones anteriores manifiestan bastantemente que la remision del ofendido no debe excusar al reo ningun castigo corporal a que se haya hecho acreedor. *Por tanto los jueces, ciegos ejecutores de las leyes*, no han de ser ménos severos que ellas con los delincuentes que hayan obtenido el perdon de los injuriados.»

Estas doctrinas hacen ver que, sin embargo de las transacciones, los delincuentes no deben escaparse de la pena del crímen, i que los jueces no pueden fundarse en ellas para absolverlos. Deben condenarlos irremisiblemente a la que se hayan hecho acreedores, para que el escarmiento contenga a otros.

Si la filosofía reprueba la pena de muerte, ella misma enseña que, en un país donde no hai cárceles, ni policía, donde no hai moralidad, ni existe ese horror al crímen que inspira la virtud, debe inflijirse, miéntras se corrije el mal de raíz. ¿Dejaremos impunes a los asesinos por seguir a Beccaria, Filangieri i otros? Podremos, cuando mas, adoptar medios para disminuir la pena de muerte i los crímenes.

(*Araucano*, Año de 1831.)



PROYECTO DE REGLAMENTO

DE

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PRESENTADO

POR LA CORTE DE APELACIONES EL 1.° DE MARZO DE 1831

Deseoso el gobierno de correjir los defectos de que adolece el actual reglamento de administracion de justicia, encargó a la ilustrísima corte de apelaciones que trabajara un proyecto de reforma radical. Un encargo semejante no podia hacerse con mas acierto; pues se confió a un tribunal que en su despacho diario ha conocido los entorpecimientos que opone a la pronta decision de los pleitos ese código reglamentario de los juicios. Lo ha presentado ya, i con la mayor complacencia lo ofrecemos a la observacion de los intelijentes. No hemos podido examinarlo con la detencion necesaria para formar de él un juicio exacto; pero, por las ideas que nos ha dado una rápida lectura, i por la prevencion favorable que infunde el conocimiento de los majistrados que lo han organizado, creemos que, si no es una obra completa, al ménos llenará muchos vacíos del que nos rije.

A fin de mejorarlo en lo posible, *El Araucano* ofrece sus pájinas a todos los que quieran observarlo, i recomienda a los

abogados el que contraigan algunos ratos a esta tarea tan interesante al país, como conveniente al fácil desempeño de su profesion.

I

En el número 25, franqueamos estas columnas a los que quisiesen observar el *proyecto de administracion de justicia* que se acabó de publicar en el próximo anterior; i como hasta ahora no hayamos recibido comunicacion alguna, volvemos a recomendar a los letrados la importancia de un asunto que no les debe ser indiferente. Hemos oído muchas críticas sobre él; pero han sido verbales, i así, no bastan para presentarlas al público, porque éstas, las mas veces, se vierten sin deliberacion, i solo proceden de aquel espíritu que domina a la mayor parte de los hombres de dar voto en todas las cosas. Jamas publicaremos críticas de tertulia sobre materias que requieren una atencion asidua i un conocimiento exacto de todos sus pormenores.

Despues de haber leído el proyecto con toda detencion, no nos atrevemos aun a presentar un detalle de nuestras observaciones. Querríamos tener algunos comunicados en que afianzarlas, porque, en un negocio de tanta trascendencia pública, el hombre mas experimentado debe vacilar para formar juicio acerca de resultados que siempre quedan expuestos a los riesgos de ajentes ineptos, de litigantes maliciosos, de abogados sin pudor i de jueces sin conciencia.

En nuestro concepto, el reglamento no debe ser otra cosa que el conjunto de reglas que determinen los procedimientos de los jueces en la administracion de justicia. Lo consideramos como el código interior de los juzgados i tribunales, en el cual se designan tambien los jueces a quienes compete el conocimiento de ciertas causas, i no como un *reglamento para administrar la justicia*. Las leyes son las que la distribuyen; i los jueces no hacen mas que aplicar sus disposiciones a las cuestiones de los particulares.

El modo de hacer esta aplicacion es el objeto del reglamento,

i no el deslinde de las facultades de los jueces, la determinacion de los deberes i obligaciones de los abogados i subalternos del foro, porque todo esto está detallado en las leyes; i aun cuando haya defectos notables que correjir, no debe hacerse por medio de un reglamento, sino por una lei.

En el proyecto que acaba de publicarse, se encuentran disposiciones mui necesarias; pero tambien se notan alteraciones i adiciones inútiles, i sobre todo vacíos que estorban el que se administre la justicia con uniformidad en todo el estado, i que impiden que muchos litigantes queden satisfechos de la conducta de los jueces, porque pueden perder sus pleitos, como ha sucedido algunas veces, teniendo a su favor una mayoría de sufrajios. Antes de entrar en observaciones prolijas sobre cada una de sus artículos, es necesario prevenir que, aunque la obra sea la mejor posible, nunca podrá ser completa, porque el principio de que parte es defectuoso. La constitucion que nos rije, dejó subsistentes ciertas instituciones judiciales, que hacen inútiles, o mas bien estorban las principales reformas que necesita la administracion de justicia; i miéntras no se corrija ese código nada puede hacerse de provecho.

Impuso a los miembros de la suprema corte el cargo de resolver los pleitos en conciliacion; i de aquí resulta que, residiendo éstos en Santiago, los habitantes de esta capital gozan del privilejio de ser juzgados por los individuos que componen el primer tribunal judicial de la república, miéntras los demas pueblos están sometidos a empleados puramente municipales, que no conocen el derecho. Se obliga a los conciliadores a resolver definitivamente; i de esto proviene que los que no son profesores de leyes, pronuncien sentencias contra ellas, i que los supremos majistrados pasen por el bochorno de que sus fallos sean revocados por jueces subalternos. El juez de conciliacion no deberia ser mas que una persona autorizada por la lei para solemnizar la transaccion que hicieren las partes, i cuando no la hubiere, dar un certificado para que el demandante ocurra a los juzgados ordinarios. Libertando a los miembros de la suprema corte del cargo de las conciliaciones, i confiriéndolo a los alcaldes, como en los demas pueblos, se

uniformaria la administracion de justicia, en esta parte, en toda la nacion; i exonerándolos de la obligacion de fallar, habria muchos hombres aparentes para esos destinos.

Otro defecto de la constitucion es no haber establecido algun recurso contra las sentencias de la corte de apelaciones cuando revoca las del juez de letras conformes con la resolucion del conciliador. Una sentencia sola decide en contra el pleito que ántes habia sido ganado por dos; i ya se han visto algunos en que el condenado tenia mayor número de votos, a saber: el del juez de conciliacion, el del de primera instancia, i dos de la corte de apelaciones que tuvieron que suscribir el acuerdo de tres que, entre cinco, hacen sentencia. Es mui conveniente acelerar la conclusion de los pleitos, es mui justo que fenezcan con dos sentencias conformes; pero, cuando solo hai una, ni queda satisfecho el litigante, ni los jueces que le condenan pueden tener ese apoyo que ofrece el parecer unánime de la mayor parte contra la menor. Contra esta observacion, se pueden hacer muchos argumentos que a la verdad deslumbran; pero, sean cuales fueren, en la administracion de justicia debe quedar tan convencido el reo de su sinrazon, como contento el absuelto, con su triunfo.

Solo una mayoría de jueces puede proporcionar esta importante cualidad; i no puede conseguirse, sin que primero se reforme la constitucion, i se establezca por ella algun recurso contra las revocatorias de la corte de apelaciones de dos sentencias conformes. Este recurso se entiende siempre que se conserve la obligacion de fallar en los jueces de conciliacion, porque sus resoluciones son consideradas como sentencias definitivas; pero si las funciones de éstos se reducen a presenciar i autorizar los convenios de los litigantes, todos los pleitos, no habiendo nulidad, se concluirán con solo la sentencia de la corte de apelaciones, lo que sería una ventaja para el país.

II

Observando las mejoras que reciben algunos ramos de la administracion, es sensible que éstas no hayan alcanzado toda-

vía a la administracion de justicia, la mas importante de todas las instituciones de un país bien rejido Tiempo há se clama por la correccion del reglamento formado en 1824; pero por desgracia este negocio ha sido el mas olvidado de todos. En los primeros números de este periódico, desde el 25 hasta el 32, insertamos el proyecto dirijido al gobierno por la corte de apelaciones, i suplicamos a los intelijentes se sirvieran remitirnos sus observaciones, para presentar la materia con toda la claridad i extension que exije su importancia. Solo se nos favoreció con el excelente artículo que copiamos en los números 35 i 36, i no se dió un paso mas adelante. El respetable autor de ese discurso se propuso un plan mas vasto que el que nosotros exijíamos; i sin duda la poca esperanza de efectuarlo hizo desmayar los empeños con que entónces se principió a trabajar sobre esta materia. Aunque es cierta la necesidad de reformar los códigos i arreglarlos a nuestro sistema actual, es mas urjente el correjir el órden de procedimientos que rije ahora los tribunales, i los mantiene en una lucha continua entre el conocimiento de lo justo i el deber de ceñirse a una lei incompleta. La corte suprema de justicia ha tenido serias discusiones sobre los embarazos i dudas en que ponen a los jueces las diferentes disposiciones que se han dictado para la resolucion de los pleitos; i estamos informados que mui pronto presentará a su excelencia el presidente de la república sus observaciones, para que las eleve a la consideracion del congreso nacional. Deseosos de que este augusto cuerpo, interrumpiendo sus importantes ocupaciones, contraiga su atencion con preferencia a este objeto, anticipamos la relacion de algunos defectos del réjimen actual, que nos han dado a conocer la práctica i la observacion.

Principiando por el trámite de la conciliacion, sucede frecuentemente que no haya ante quien interponer la demanda en los pueblos, porque los rejidores designados para este cargo están todos implicados, unos por relaciones de parentesco i otros por la facilidad de recusarlos; así es que hai unos cuantos pleitos en una de las provincias que no pueden entablarse, porque no es posible cumplir con el requisito preliminar

de la conciliacion. El establecimiento de este trámite ha producido, es verdad, grandes ventajas por los innumerables pleitos que se cortan; mas es preciso organizarlo de otra manera para cerrar las puertas a la malicia, que de todo saca provecho. Se concede por el artículo 2.º de las adiciones al reglamento el término de veinte dias para que el condenado en conciliacion reclame la providencia; i un litigante astuto, despues de haber recusado dos jueces, comparece ante el tercero, oye el decreto de pago en una demanda ejecutiva, i se aprovecha de los veinte dias de esa disposicion para tener insoluto a su urjido acreedor. Si éste se presenta, ántes que espire aquel plazo, al juez ordinario para que haga cumplir lo mandado, resulta un nuevo pleito sobre el trascurso del término concedido en ese artículo, que obliga al acreedor a dejarlo correr en silencio por no entrar en mayores gastos i sufrir mas incomodidades. A este proceder obliga una mala intelijencia, o mas bien una mala disposicion. Lo que se exije, es que todo juicio principie por conciliacion; i dado este paso debe quedar el demandante libre para perseguir sus derechos por los trámites i medios que las leyes le permiten. Éstas mandan que todo deudor por instrumento que traiga aparejada ejecucion, sea ejecutado inmediatamente, i con la concesion de ese término se quita a los acreedores el privilejio que tienen por sus instrumentos, i se les obliga a esperar la ejecucion que produce el vencimiento de aquel término, en el caso que no haya reclamo de la resolucion del conciliador. Tres dias parecen bastantes para reclamar los fallos de conciliacion, excluyéndose las demandas ejecutivas, porque, fundándose éstas en documentos innegables, es pernicioso se permita litigar sobre la naturaleza del juicio, que es a lo que se reduce ese reclamo en semejantes casos. Tambien sería conveniente no forzar al acreedor a ocurrir primeramente a la conciliacion, sino dejarlo en su arbitrio. Regularmente los deudores que se dejan arrastrar a juicio, son los fraudulentos que han agotado la paciencia de los acreedores, desatendiendo sus reconvenciones i burlando sus promesas; i contra ellos es preciso aumentar, no templar, la severidad de las leyes.

El haber impuesto el cargo de conciliadores a los miembros de la corte suprema ofrece a la astucia de los litigantes un vasto campo para ensanchar las dilaciones a que muchos de ellos libran sus defensas. Recusando dos conciliadores, los implican para que conozcan en su causa cuando llegue a aquel tribunal supremo; tambien se inhabilita el conciliador ante quien se empieza la causa; i de este modo queda la corte reducida a dos ministros solos, e imposibilitada para resolver con la presteza que se requiere, pues aunque tenga suplentes, éstos no concurren con la exactitud que lo hacen los propietarios, porque muchas veces no les es posible desocuparse en el momento para que son llamados. Para concluir en cuanto a las conciliaciones, diremos de paso que por el artículo 4.° de las adiciones se designó a los fiscales para jueces de conciliacion en los negocios en que fuesen parte los ministros de la corte suprema. Aunque hai dos fiscales, no puede servir para este destino el de ese tribunal, porque entónces juzgaria a sus mismos colegas; así es que el encargo quedó reducido al fiscal de la ilustrísima corte de apelaciones, a quien, en el caso de recusacion que la lei permite, no hai quien le subrogue. No hace muchos dias que, habiendo sido demandado uno de los señores ministros, usó de este recurso; pero, por fortuna del demandante, hizo cesion de sus derechos a otra persona, i de este modo facilitó la prosecucion i término del negocio.

III

Segun los principios del sistema judicial que nos rije, todo pleito debe tener dos instancias; i por los defectos del reglamento habrá ocasiones en que fenezcan con una sola sentencia. Puede suceder que se interponga recurso de nulidad contra una resolucion del juez de primera instancia, i que la corte de apelaciones declare que hai nulidad; entónces este tribunal retiene el conocimiento de la causa, repone el trámite omitido, i la resuelve en primera instancia. No hai lei ninguna que designe el tribunal de apelaciones para este caso, ni tampoco para aquellos en que, conociendo la ilustrísima corte en segun-

da, dictase algunas providencias interlocutorias con gravámen irreparable, que las leyes permiten que se alcen para ante el superior. La corte suprema no es tribunal de apelaciones, sino en ciertos negocios privilejiados que designa terminantemente el artículo 146 de la constitucion de 1823. No tiene atribuciones para conocer en pleitos comunes, sino es en los recursos de nulidad contra las sentencias de la corte de apelaciones i en las alzadas de los en que fueren partes los ministros de este tribunal; así es que, si se elevara ante ella un recurso de esta clase, sería justamente repulsado, porque ninguna lei le permite admitirlo. Es tan incompleto el reglamento, que dejó en silencio el modo de proceder de la corte suprema, i únicamente determinó el que siguen la de apelaciones i juzgados inferiores. Por él, parece que hai sentencias de la corte suprema que pueden ser apeladas, mas no se conoce el tribunal a que se debe ocurrir. Segun el artículo 128, puede apelarse en los juicios de menor cuantía de las sentencias que declaren no ser bastante, o no estar probada la causa propuesta para la recusacion de algun juez. Supóngase que se recusa a toda la corte de apelaciones en un pleito de consideracion, i que se declara por la corte suprema, a quien corresponde el conocimiento, que la causa no es bastante, o que no está probada; ¿para ante quién se interpone la apelacion que concede ese artículo cuando no hai en el país otro tribunal superior?

Hai tambien ocasiones en que puede concluir un pleito con solo la sentencia de primera instancia librada por la corte suprema. Declarada la nulidad cometida por el juez de letras, corresponde a la de apelaciones el resolver la causa; i no sería raro que este tribunal dictase su resolucion omitiendo algun trámite, verbi gracia, la citacion a una de las partes para oírla. En este caso, es expedito el recurso de nulidad para ante la corte suprema, en donde, anulada la sentencia de la de apelaciones, i reteniendo el conocimiento, vuelve a resolver en primera instancia. No hace muchos dias que estuvo a pique de suceder un caso semejante, pero emanado de otro principio. Se interpuso recurso de nulidad de una sentencia pronunciada por el juez de letras, en causa en que es parte uno de

los miembros de la corte de apelaciones; i elevados los autos a la suprema en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 de la constitucion de 1823, declaró haber nulidad, hizo reponer el proceso, i advirtiendo que, si lo resolvia, quedaban las partes sin segunda instancia, mandó devolverlo a otro juez de letras para que lo sentenciara en primera. Este temperamento fué adoptado por equidad, siguiendo el principio reconocido de que todo pleito debe tener dos instancias; pero en él se atacó la disposicion de que el tribunal que declara la nulidad de un juicio, retiene el conocimiento. A estos encuentros, da ocasion la insuficiencia del reglamento, que no prescribió reglas jenerales con que poder allanar los embarazos en que él mismo pone a los jueces, concediendo recursos sin designar tribunales, i dando atribuciones incompetentes. El título de recusaciones e implicancias es otro bosque enmarañado donde se albergan los litigantes cavilosos, i los jueces pierden hasta la paciencia. Basta solo ver la multitud de causas por que los jueces pueden implicarse, o ser recusados, para advertir los recursos que ofrece a la malicia. Aun para contar los grados de parentesco no hai regla cierta, porque en unas partes se hace por el cómputo canónico, i en otras por el civil; irregularidad que debe remediarse, porque es un gran defecto en la administracion de justicia. Por la facilidad de las recusaciones, hai pleitos en que ha sido preciso esperar que se reciba algun abogado para que sirva de relator, pues todos los demas se hallaban implicados por las recusaciones. No hace muchos meses que se entorpeció una causa sumaria de posesion mediante el facilísimo arbitrio de recusar ocho relatores, con lo cual se consiguió que pasara la estacion aparente para dar la posesion; se cansó el dueño, i se le estrechó a una transaccion.

IV

En los números anteriores, apuntamos algunos de los defectos del reglamento de administracion de justicia que exijen una pronta correccion por los embarazos que ocasionan en la sustanciacion de las causas, i vamos a terminar estas obser-

vaciones haciendo ver que la reforma que solicitamos debe abrazar tambien los procedimientos de los jueces de comercio. En primer lugar, se necesita una declaracion para disipar el error en que muchos están, de que en la espera de acreedores solo deben concurrir a concederla los valistas, con exclusion de los escriturarios, aplicando indebidamente el artículo 20 del capítulo 17 de la ordenanza de Bilbao. Sin embargo de que en el derecho se exije, como calidad necesaria para la concesion de esperas, el que las deudas consten por escrituras públicas, o por otros instrumentos lejítimos, sin que sean suficientes documentos simples, aunque estén reconocidos por el deudor, una práctica inveterada habia erijido en lei la mala intelijencia de ese artículo. Al leerlo solo, i al examinar la trabazon que tiene con los que le anteceden, se viene en conocimiento de que su disposicion no se refiere al juicio de esperas. Hablando la ordenanza de los fallidos fraudulentos, desde el artículo 4.º del mismo capítulo, i describiendo las dilijencias que deben practicar los jueces para asegurar los bienes de éstos, ordena en el artículo 20 que, para la mejor administracion, se esté a lo que acordare la mayoría de los acreedores personales, teniéndose, como se deberá tener, por tal las tres cuartas partes de acreedores con los dos tercios de créditos o al contrario las dos tercias de acreedores con las tres cuartas de créditos. Refiriéndose, pues, el conjunto de esas disposiciodes al nombramiento de síndicos, a la administracion de los bienes concursados, i a otras dilijencias, no puede tener lugar el artículo 20 en el juicio de esperas, porque en él no se priva al deudor de la administracion de los bienes, ni hai por esto necesidad de que se nombren síndicos. En la disposicion del artículo 2, se halla el argumento mas convincente de la inexactitud con que se ha aplicado el 20 en el juicio de esperas. En él, se dice que a los atrasados con suficientes bienes, que por algunos accidentes no se hallen en disposicion de pagar sus deudas con puntualidad, se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinion i fama, i que se les concedan esperas segun convenio de sus acreedores. Si el objeto de la lei hubiera sido el de separar en este caso a los escriturarios, habria he-

cho la misma distincion que en el artículo 20, cuando habla de los fallidos fraudulentos; pero, decidiendo absolutamente que se esté a lo que convengan los acreedores, los comprendió a todos, siguiendo el sentido de la lei de *Partida* que dispuso que en tales casos valga lo que acuerde la mayoría, i que ésta se cuente por cantidades, i no por personas.

Por el artículo 5.° de la cédula de creacion del consulado, eran inapelables las causas de comercio que no pasasen de la cantidad de mil pesos; i habiéndose notado el desconsuelo en que quedaban los litigantes que perdian sus pleitos con una sola sentencia, se expidió un senado-consulto permitiendo el recurso de súplica a los tenientes del prior i cónsules de las sentencias que éstos pronunciasen en causas de quinientos pesos para abajo. El mal solo se remedió en parte, porque el senado-consulto parece que únicamente se refiere a las sentencias que se pronuncien por el tribunal del consulado en esta ciudad, pues nada dice de las que libren los jueces de comercio en los pueblos. Pudiera entenderse por la mas justa interpretacion, que tambien se concede el mismo recurso en los pleitos que se siguen en los pueblos, para ante los tenientes de los jueces diputados con otros acompañados que nombren las partes, pero esto no está prevenido por la lei, i sería conveniente hacerle una agregacion para evitar las dudas que se suscitan con frecuencia, i las apelaciones que se interponen por ignorancia, o por malicia, pues muchas veces se entablan solamente con el objeto de ganar tiempo. Con esa agregacion, concluirian los pleitos en el mismo lugar que se empiezan; i los acreedores no tendrian que recurrir a la corte de apelaciones a seguir la segunda instancia, ni este tribunal se recargaria con tantas causas. Si la tramitacion de los pleitos mercantiles ha de ser breve i sumaria, es necesario que en las causas de menor cuantía, es decir, en las que no alcanzan a quinientos pesos, haya un juzgado de alzada en todos los pueblos para que las resuelva en el menor tiempo posible. En pleitos semejantes, son muchos los perjuicios que se irrogan a los litigantes con ocurrir desde Coquimbo verbi gracia, o Concepcion, a seguir la segunda instancia en esta ciudad,

porque la dilacion inevitable del despacho de la ilustrísima corte, les ocasiona gastos i molestias que no sufririan si pudiesen interponer los recursos de alzada en su mismo domicilio.

(*Araucano*, años de 1831 i 1832.)

CODIFICACION

DEL

DERECHO CIVIL

Pocos necesitarán que se les demuestre la necesidad de codificar nuestras leyes. Este es un asunto que no admite duda alguna, por poco que se medite sobre la naturaleza i objeto de las leyes, i por poca versacion que se tenga en las nuestras, i en el modo ordinario de aplicarlas. Sin aquel paso preliminar, ni es posible que las leyes sean tan jeneralmente conocidas como deben serlo, para que dirijan eficazmente la conducta de los hombres, ni pueden dejar de convertirse frecuentemente en medios de opresion, que los poderosos saben emplear contra los débiles, i en lazos i trampas, que la codicia i el fraude arman a los incautos. Sin aquel paso previo, el laberinto de una lejislacion como la nuestra hará siempre ilusorias e insignificantes las garantías constitucionales; habrá siempre incertidumbre i vacilacion en los jueces, arbitrariedad e inconsecuencia en los juicios. Pero no es menester que repitamos lo que tantas veces se ha dicho sobre esta materia. El mal es conocido; la urjencia del remedio, universalmente sentida. Si prescindimos de un corto número de individuos que tienen un interes personal en que se perpetúen la oscuridad de las leyes i la irregularidad de los juicios, no puede haber variedad de opiniones, sino en cuanto a la manera de curar un mal tan arraigado i funesto.

La forma bajo la cual se ha presentado ahora el proyecto de codificacion a la cámara de diputados, nos parece la mas a propósito para realizarlo. Casi siempre que hemos oido hablar de codificacion, nos ha asaltado el recelo de que no se tomase el único partido capaz de conducir al fin que se desea. El plan de codificacion debe, en nuestro concepto, separarse cuidadosamente del plan de reforma. Amalgamar desde el principio uno i otro, sería luchar de frente con todas las dificultades a un tiempo, i engolfarnos desde luego en el vasto piélago de las especulaciones, en que son tantos i tan temibles los escollos.

Supongamos, por un momento, que se concibiese la idea de formar un nuevo sistema de leyes, corrijiendo todas aquellas partes del sistema actual que no estuviesen de acuerdo con los principios teóricos de la persona a quien se encomendase esta grande obra. No es menester ponderar la inmensidad de la empresa, i el tiempo que demandaria su ejecucion. Pero, terminada esta obra en el gabinete de un lejislador filósofo, habria que someterla a la sancion de la lejislatura nacional, artículo por artículo. ¿I cuántos años no sería necesario que la lejislatura, recargada ya de atenciones, emplease en el exámen de un cuerpo entero de leyes que a cada paso le presentaria cuestiones intrincadas i espinosas, cada una de las cuales pudiera dar materia a largos i reñidos debates? Se reemplazarian unas lejislaturas a otras en esta ingrata i fastidiosa tarea; el plan trazado al principio perderia la unidad i el concierto de partes que le hubiese dado su autor; i lo ménos malo que podria sucedernos sería que abandonásemos la empresa como inasequible o aventurada, i que nos resignásemos a vivir para siempre en el cáos de la lejislacion existente, ántes que exponer la suerte de la sociedad a los efectos dudosos de una lejislacion ideal, quizá no ménos viciosa que la antigua.

En el proyecto presentado a la cámara de diputados, se hallan juiciosamente separados estos dos objetos; i cuando la lejislatura se limitase a la mera codificacion de nuestro derecho escrito i no escrito, ello solo será un paso importantísimo en nuestra rejeneracion social. Para el logro de este objeto, se necesitan solo

laboriosidad i una mediana versacion en nuestros cuerpos legales i en las obras de sus principales intérpretes. En los puntos en que éstos se hallan divididos, la eleccion de los compiladores, aunque no fuese la mas acertada, sería siempre un gran bien, pues serviria para desterrar de los tribunales la vacilacion i la incertidumbre i para uniformar sus decisiones. Reducidas las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos i de frases redundantes, sin la multitud de vocablos i locuciones desusadas, que ahora las embrollan i oscurecen; descartadas las materias que no han tenido nunca, o que ya han dejado de tener aplicacion al órden de cosas en que vivimos, ¿cuánto no se facilitará su estudio a la juventud? El libro de las leyes podrá andar entónces en manos de todos, podrá ser consultado por cada ciudadano en los casos dudosos, i servirle de guia en el desempeño de sus obligaciones i en la administracion de sus intereses. Entónces, i no hasta entónces, estará sometida la conducta de los jueces, a la poderosa influencia de la opinion pública. Entónces, i no hasta entónces, el conocimiento del derecho romano dejará de ser una adquisicion indispensable a los que se dediquen a la carrera de la jurisprudencia. Entónces, finalmente, no será necesario hojear tantos códigos anticuados i contradictorios, revolver tanta copia de pragmáticas, cédulas i reales órdenes, rejistrar tantas glosas i comentarios, consumir tanto tiempo, i causar tantos dispendios a los litigantes, en mil cuestiones de derecho civil, que se presentan diariamente a los abogados i jueces. Habrá sin duda casos que no hayan sido previstos por las leyes; porque ¿qué lejislacion puede preverlo todo? Pero su número será incomparablemente menor que ahora.

Otra ventaja que encontramos en el proyecto presentado a la cámara, es el hacer divisible el trabajo entre muchos colaboradores. Se trata primeramente de coordinar lo que existe, expurgándolo de todo lo contradictorio i superfluo. Cada uno de los colaboradores podrá encargarse separadamente de una parte; i las operaciones de la comision revisora, descritas en el artículo 7.°, reducirán las contribuciones de todos ellos a un cuerpo tan ordenado i completo, como sea posible formarlo

con las leyes i reglas de derecho que rijen actualmente en el foro. Se ahorrará de este modo muchísimo tiempo; i se facilitará considerablemente una empresa, que, encomendada a una persona sola, demandaria las tareas i desvelos de una larga vida, dedicada solamente a este objeto, i que, puesta a cargo de una comision, que obrase en cuerpo, no se realizaria jamas.

A esta ventaja, que no es de poco momento, deben añadirse otras de no menor importancia. La reforma de nuestras leyes civiles será infinitamente mas fácil i obvia, teniéndolas todas a la vista en una coleccion ordenada i metódica. Veráse entónces, sin necesidad de prolijas investigaciones, qué partes son susceptibles de simplificarse, qué vacíos están todavía por llenar, i qué innovaciones exije nuestra transformacion política, o recomiendan la humanidad i la filosofía. Estas reformas serán entónces cuestiones que estarán a el alcance de todos, i en que todos podrán tomar parte por el órgano de la prensa.

Los trabajos sucesivos de los compiladores del código civil, no carecerian de utilidad, aun cuando la obra completa no obtuviese la sancion de la lejislatura. Cada título recopilado sería, para los abogados i los alumnos de jurisprudencia, un repertorio útil, donde encontrarian un cuadro sinóptico de las leyes relativas a la materia i de las opiniones de los mejores intérpretes del derecho sobre multitud de casos en que las leyes callan, o su decision es oscura. La referencia a las fuentes les haria fácil el recurso a ellas, i el estudio i dilijencia de cada cual perfeccionarian i completarian gradualmente los resultados de las investigaciones de los primeros recopiladores.

El proyecto tiene ademas la recomendacion de ser el mas económico posible. No se trata de hacer cuantiosas erogaciones a crédito, sino de recompensar un trabajo hecho, a proporcion de su mérito; i si este trabajo correspondiese a nuestras esperanzas (lo que sin duda es infinitamente mas fácil por el plan propuesto, que por otro alguno), ¿qué premios parecerian excesivos, comparados con los inmensos beneficios que una obra de esta especie debe producir al país?

(*Araucano*, año de 1833.)

CÓDIGO DE COMERCIO

Hemos llamado tantas veces la atencion del público i de la lejislatura, a la administracion de justicia, i con tan poca utilidad, que creemos ocioso volver a tocar una materia, en que, por otra parte, lo que pudiéramos decir es sabido i salta a los ojos de todos. Insistiremos con todo en ello, porque estamos seguros de que no podemos expresar un voto de mas extensa trascendencia a la suerte de Chile. Acaso se responderá que las reformas i mejoras judiciales piden mucho exámen i trabajo, i no pueden llevarse a efecto en poco tiempo. Convenimos en que la refundicion de este ramo (i nada ménos que su entera refundicion es necesaria, para que vaya de acuerdo con nuestras instituciones políticas) debe ser la obra de largas meditaciones i experimentos, i el resultado de un gran número de tentativas mas o ménos felices. Pero esta disculpa no es admisible, cuando se trata de innovaciones parciales, cuya urjencia no sufre demora. De esta clase, es la que el gobierno acaba de proponer a las cámaras, relativa a las recusaciones de jueces i de otros empleados judiciales. Esperamos que, mediante la cooperacion de la lejislatura, no tendrá este proyecto de lei tan mala suerte, como otros que le han precedido.

La indefinida libertad de recusar a los jueces, concedida por el reglamento de administracion de justicia, se ha convertido en un abuso intolerable: Destinada a protejer el derecho i la inocencia, podria llegar a ser una arma funesta en manos de la improbidad i el crímen. Sometiéndose a una multa, despreciable muchas veces, si se compara con la cuantía de la cosa en litijio, tiene un pleiteante de mala fe, sin necesidad de probar causa, un arbitrio infalible para desembarazarse del ministro cuya integridad le amedrenta; i puede casi componer a su capricho el tribunal de cuyo fallo pende su escarmiento o su triunfo, sustrayéndose de este modo la decision de un gran número de causas al conocimiento de los jueces en cuyas manos se ha depositado, despues de una cuidadosa eleccion, la balanza de la justicia.

Otro paso pudiera darse, con que a mui poca costa lograríamos interesantes mejoras en una seccion judicial, que es de mucha importancia actualmente, i la tendrá cada dia mayor. La España, venciendo una vez su natural apego a instituciones i usos añejos, ha promulgado un nuevo código de comercio, que es casi una copia del frances. No es presumible que haya mas inconvenientes en Chile, que en la Península, para adoptarlo, ni que, pudiendo aprovecharnos de los conocimientos i trabajos de las mas sabias naciones de Europa, desperdiciemos esta inapreciable ventaja, cuando, para sacar partido de ella, no necesitamos mas que el quererlo, como sucede en el caso presente. ¿Seremos mas perezosos o mas pusilánimes que los españoles en materias de reforma; o deberemos de mirar con mas respeto que ellos las *Ordenanzas de Bilbao*, obra redactada sin filosofía ni método, obra incompleta, obra por tantos títulos inadecuada a las exijencias de la lejislacion i judicatura mercantil? Los inconvenientes que bajo otros aspectos pueda producir la adopcion de leyes i usos extranjeros, no tienen cabida en el comercio, que es cosmopolita en su espíritu, i cuyas necesidades, intereses i operaciones son unos mismos en todas las zonas i bajo todas las formas de gobierno. Interesa en alto grado al comercio, que en todos los pueblos que tienen relaciones recíprocas, se asimilen, cuanto es posible, las reglas

destinadas a dirimir las controversias entre los comerciantes. La uniformidad de la lei mercatoria sería, no solo un nuevo estímulo para las especulaciones, sino un nuevo lazo de amistad i union entre los habitantes de los mas lejanos climas del globo.

(*Araucano*, año de 1833.)



ESTABLECIMIENTOS DE CONFINACION

PARA LOS DELINCUENTES

Tarde o temprano es preciso que nos convenzamos de la necesidad de tener un establecimiento de confinacion para los delincuentes, montado sobre bases mui diferentes de las de Juan Fernández, cuya insuficiencia i malos efectos tiene demostrados la experiencia. La humanidad se estremece al considerar que la pena de muerte es hoi dia el único castigo efectivo que puede imponerse a gran número de crímenes, diferentes por su naturaleza i su atrocidad; i que es imposible economizarla, si no es dejando poco ménos que impunes muchísimos atentados enormes, como ha sucedido i sucede hasta ahora.

Entre las cualidades de las penas, no hai una que contribuya mas poderosamente a reprimir el crímen, que su certidumbre. Para producirla, así como son necesarias la vijilante actividad de la policía en la averiguacion de los delitos i en la aprension de los reos, la inexorable rectitud de los tribunales de justicia en la aplicacion de la lei, i la seguridad de las casas de detencion en que se custodian los delincuentes hasta el pronunciamiento de la sentencia, es de la mayor importancia la seguridad de los presidios i casas de confinacion, en que muchos de ellos son condenados a expiar sus crímenes.

Es preciso confesar que bajo todos estos respectos ha sido i es defectuosísimo nuestro sistema criminal. Pero, contrayéndonos al último, que es el que tiene relacion con la materia de este artículo, los sucesos de Juan Fernández deben haber dado a conocer lo poco adecuado de los medios que se han adoptado hasta ahora para evitar la fuga de los reos, confinados a aquel presidio. La confinacion en una isla desierta i distante ofrecerá siempre graves inconvenientes, aun suponiendo expeditas las comunicaciones marítimas con ella. El aislamiento de la fuerza que custodia a los delincuentes, es una circunstancia que favorece mucho las tentativas de escape; la vijilancia de los guardadores será siempre eludida i sorprendida por la sagacidad i la osadía de unos hombres a quienes aguijonean incesantemente todos los estímulos a que es accesible el corazon humano. Multiplicar aquella fuerza hasta el punto de producir una seguridad completa, es imposible sin un dispendio enorme. ¿I qué sucederia, cuando la guerra cortase las comunicaciones, ocurrencia que, por distante que nos parezca ahora, debe tomarse en consideracion, siempre que se trate de establecimientos destinados a durar algun tiempo? En los de esta clase, es necesaria ademas una disciplina complicada, regular en todas sus partes, e imposible de mantenerse, sino por medio de una inspeccion constante i severa de observadores desinteresados. La experiencia testifica que, en ningun otro jénero de establecimientos, se introducen mas fácilmente abusos que los corrompen e inutilizan, aun cuando se vele incesantemente sobre ellos i se pueda observar de cerca la conducta de sus empleados. ¿Cómo, pues, sería posible mantener una mediana disciplina en un presidio situado a tanta distancia? En fin, la pena debe servir al escarmiento; debe arredrar del crímen, poniendo a la vista los padecimientos que en una sociedad bien rejida son su consecuencia inevitable: en una palabra, debe ser ejemplar. ¿I merecerá este nombre aquella pena que se sufre léjos de la sociedad en quien ha de producir sus efectos morales; aquella pena de que solo se tienen noticias vagas, que no pueden hacer una impresion profunda en los ánimos? La pena mas eficaz, en igualdad de circunstancias,

sería sin duda aquella en que no hubiese un solo padecimiento ignorado. Si los acentos del dolor arrancados por el azote de la lei lastimarian demasiado a la humanidad, véanse a lo ménos las murallas que esconden a los seres infelices, condenados a una larga o talvez eterna separacion de la sociedad que han ultrajado con sus crímenes i contaminado con su ejemplo; ellas hablarán en su silencio un lenguaje instructivo i amenazador; su imájen, presente a la memoria, será para la juventud una amonestacion continua i una regla habitual de conducta.

Concluimos de lo dicho que el lugar de confinacion debe ser un edificio situado en el centro de la república, i cuyo órden interior pueda ser observado frecuentemente por los funcionarios ejecutivos i municipales, i de cuando en cuando por los particulares que quieran, o a quienes se conceda con ciertas condiciones este permiso. Se dirá que un establecimiento de esta clase es costoso, i que apénas tenemos con qué proveer a los gastos mas indispensables del gobierno. No concebimos que haya uno de necesidad mas urjente; i creemos que, hecho una vez el costo de la ereccion del edificio, solo será menester un corto número de empleados i sirvientes para su gobierno i custodia, si se adopta un plan racional. Suponiendo que el producto del trabajo de los encarcelados no baste a cubrir las expensas de subsistencia i administracion, a lo ménos dejará un déficit que no será comparable con los dispendios del presidio de Juan Fernández o de cualquier otro establecimiento semejante.

Deseamos que el público, i especialmente las personas llamadas a la lejislatura, tengan a la vista algunos de los modelos mas célebres de este jénero de establecimientos; i con esta mira vamos a presentar aquí una exposicion breve de lo que se ha dicho en un artículo del *Foreign Review* (número XXII) acerca de dos o tres cárceles de los Estados Unidos, que han producido los mejores efectos, i cuya reputacion es tal, que los dos gobiernos mas sabios de Europa no se han desdeñado de enviar comisionados a observarlas. Los franceses han publicado ya el resultado de esta investigacion en una obra publicada el año pasado con este título: *Du Systeme Pénitentiaire*

aux Etats Unis et de son application en France, suivies d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques, par MM. Gustave de Beaumont et Alexis de Tocqueville, avocats a la Cour Royale de Paris. Paris, 1833: un tomo en octavo.

Los habitantes de Pensilvania, deseosos de reemplazar la pena de muerte con otro jénero de castigo, hicieron varios experimentos que fueron desgraciados al principio, pero condujeron por fin a un resultado feliz. El primero de ellos fué la cárcel de Walnut-Street, en Filadelfia, donde se adoptó el plan de confinacion solitaria. Los presos, condenados a una reclusion de absoluta soledad i ocio, contrajeron enfermedades que disminuyeron su número rápidamente, o los hicieron estúpidos i fatuos, por la falta de toda ocupacion mental i física; i los que no eran condenados a una reclusion perfecta i tenian la libertad de trabajar juntos i comunicar entre sí, se depravaban i endurecian completamente por el contajio de la sociedad criminal en que pasaban el dia. Los estados de Nueva York, Maryland, Massachusetts, Virjinia i Nueva Jersey siguieron el plan de Filadelfia con no mejor resultado. Los presos se depravaban en vez de correjirse; i cuando al espirar su condena recobraban la libertad, reincidian luego en los mismos o peores delitos; agregándose a esto los costos ruinosos de aquellos establecimientos, que demandaban cada año cuantiosas erogaciones a los respectivos estados.

La prision de Auburn, erijida en el estado de Nueva York, se formó sobre otro pié. Esta prision constaba de un gran número de celdas; en cada celda, se alojaban dos presos. Este método produjo consecuencias peores que las que se habian experimentado hasta allí. Construyéronse mas celdas; i la soledad se hizo completa. Adoptóse igual plan en Pittsburg i en el magnífico establecimiento de Cherry Hill en Filadelfia. En Auburn, se colocaron por via de experimento veinticuatro criminales en otras tantas celdas separadas, sin ocupacion ni distraccion alguna. Cinco de estos hombres murieron en el primer año; uno perdió el juicio; otro atentó contra su vida; i los demas se hallaron de allí a poco tiempo en un estado de

extenuacion i debilidad que anunciaba una muerte cercana. El gobernador les concedió el perdon i los hizo poner en libertad. Determinóse entónces que los presos trabajasen juntos durante el dia, i se les encerrase en celdas enteramente separadas por la noche. Este fué el jérmen del sistema que hizo despues tan famosa la prision de Auburn. Tratóse de combinar la soledad con el trabajo para evitar sus funestos efectos sobre la constitucion mental i física, i de impedir todo trato entre los presos, por la depravacion moral que era el efecto infalible de su franca comunicacion. Obligóseles en consecuencia a guardar un silencio absoluto miéntras estaban juntos. El resultado correspendió perfectamente a las esperanzas. Construyóse sobre el mismo principio el establecimiento de Sing-sing a las orillas del Hudson. El director, Mr. Elam Linds, llevó consigo de la prision de Auburn, cien presos acostumbrados a obedecerle, i los acampó en el sitio que estaba destinado para plantar el nuevo edificio. Púsolos allí a trabajar; unos eran carpinteros, otros albañiles, o se les hizo aprender estos oficios; i sin muros, ni otra especie de sujecion, i con no mas autoridad, que el ascendiente de su firmeza i enerjía de carácter, encontró en ellos la mas dócil cooperacion a sus miras. El número de los convictos fué creciendo progresivamente por algunos años, hasta que edificaron ellos mismos su prision; i al presente el penitenciario de Sing-sing tiene mil celdas, construida cada una por el prisionero encerrado en ella.

El penitenciario de Pittsburg, en Filadelfia, empezó en 1822 a recibir delincuentes, que vivian en un encierro perpetuo dia i noche, pero con facilidad para comunicarse, pues por la defectuosa construccion del edificio, lo que pasaba en una celda se oia en otra. Por consiguiente, podia cada preso entenderse con sus vecinos, i no teniendo que hacer cosa alguna, es claro que esta mutua comunicacion los ocupaba a todas horas. El resultado era inevitable: la mutua enseñanza de maldades. Los funestos efectos de este experimento se dieron a conocer mui a las claras en la depravacion de los confinados. El estado de Pensilvania mandó entónces investigar las ventajas i efectos de los diferentes sistemas de confinacion penal. Los

comisionados recomendaron decisivamente el establecimiento de Auburn. Repugnó, sin embargo, a los escritores de Pensilvania el castigo corporal que se empleaba para mantener la disciplina de la prision; i el sistema que vino a elejirse fué una combinacion del de Walnut-Street i el de Auburn: reclusion solitaria absoluta i sin excepcion, permitiéndose a cada preso que escojiese alguna especie de trabajo. Reformóse, en consecuencia, la lejislacion criminal; se mitigaron los castigos; se abreviaron las condenas; i se abolió la pena de muerte para toda clase de delitos, ménos el asesinato. Los otros estados de la Union siguieron unos el sistema de Auburn i otros el de Pensilvania.

En ambos, el principio fundamental es uno mismo: *incomunicacion completa*. La reclusion es perfecta en el de Filadelfia; en el de Auburn, no lo es tanto, pero solo se relaja a la vista, pues aunque los presos trabajan juntos en diferentes obrajes, no les es permitido comunicarse por palabras ni señas. Esta diferencia, al parecer de poco valor, es con todo importantísima en sus efectos con relacion al trabajo, i por consiguiente, a la reforma de los delincuentes, i a la subsistencia económica de la prision. En el encierro absoluto, el trabajo es un medio de alivio i recreo; el preso no puede existir sin él; quitárselo es arrancarle el único objeto de la vida. En Filadelfia, se acostumbra encerrar al delincuente por algun tiempo sin darle ocupacion alguna. Luego que pasan sus primeros momentos de despecho, i que, separado del bullicio del mundo i de las ajitaciones del crímen, i sumido de repente en la profundidad de su silenciosa prision, comienza poco a poco a volver en sí, lo primero que pide es trabajo, i al fin lo solicita como un favor; el mayor de los castigos que puede imponérsele es la privacion de este único consuelo. Los señores Beaumont i Tocqueville, habiendo obtenido permiso de los majistrados de Filadelfia para examinar el penitenciario de Cherry Hill, visitaron las celdas del establecimiento, e hicieron apuntes de lo que hablaron con los presos. No hubo uno de ellos que no declarase que el trabajo era el único placer de su solitaria existencia.

Número 28, condenado por homicidio, dijo que el trabajo le parecia absolutamente necesario para la vida. Creo, dijo, que sin él moriria. Se le preguntó si la visita de sus guardadores le causaba placer. Los veo, respondió, cinco o seis veces cada dia, i nunca sin sentir regocijo. En este verano, entró un grillo en mi cuarto; me pareció tener compañía. Cuando una mariposa o cualquier otro animal entra aquí, jamas le hago daño.

Número 36 dijo que el trabajo era un gran bien. El dia mas largo de la semana era el domingo; le parecia sin fin, porque no trabajaba en él. Número 41 dijo poco mas o ménos lo mismo; i obsérvese que los presos no tienen medio alguno de comunicarse lo que piensan. Si dos hombres ocupasen dos celdas vecinas veinte años, no tendrian mas medios de conocerse uno a otro, que si viviesen en los dos extremos del mundo. Número 62 era médico i hombre de educacion; se le permite que haga lo que guste, i trabaja incesantemente. No sabiendo oficio alguno, se ocupa en cortar cueros para zapatos. Sería largo repetir otras mil declaraciones semejantes; sobre esta materia, todos estaban acordes. Siendo tanta la aplicacion al trabajo, ya se formará idea de la rapidez con que se aprenden diferentes oficios en esta cárcel.

En Auburn, el trabajo es compulsivo; ninguno lo tomaria voluntariamente. Como se les permite verse unos a otros, la necesidad de una ocupacion es mucho ménos imperiosa. Úsase de castigos para obligarlos a trabajar: el látigo está en ejercicio; el carcelero tiene facultad de azotar en el acto a los renitentes. Esto lo miran algunos como un lunar en el sistema de Auburn; pero es menester que comparen los beneficios de la institucion con los males que resultan de estos castigos corporales administrados al arbitrio del carcelero. Dos son las objeciones que se alegan: el padecimiento físico i la degradacion moral. El padecimiento es ciérto, inmediato, i bastante desagradable para que no se reincida en la ofensa; pero el dolor pasa luego, i en sí mismo es una de las penas mas benignas que pueden imponerse por delitos de cárcel. En cuanto a la degradacion, este es un término inaplicable a los malhe-

chores, colocados yà por sus crímenes bajo el cero de la escala social. Ellos han perdido, temporalmente a lo ménos, el goce de todos los derechos sociales, i no les es dado recobrarlos, sino por su buena conducta en la prision, i despues de cumplida su condena. Nada hai mas a propósito que el látigo para hacerles sentir lo que importa la pérdida del carácter de ciudadanos. Se alega otra objecion, i es que los sentimientos que estos castigos excitarán probablemente en el pecho del reo, no son los mas a propósito para contribuir a su enmienda. Este argumento es plausible; pero las consideraciones que vamos a hacer desvanecerán su fuerza. La reforma que debe esperarse por el método de Auburn, consiste en crear en el alma de un hombre holgazan, vicioso i desarreglado los hábitos de un obrero industrioso i sobrio; i aunque es cierto que el látigo producirá movimientos de cólera i propósitos de venganza en el alma de un reo que acaba de dejar las guaridas del crímen i el tumulto de una sociedad inmoral i desalmada, es mui probable que con el trascurso del tiempo le dome i ablande, i le acostumbre a ser sumiso i obediente. Conseguido este efecto, deja de ser necesario el castigo; las pasiones se adormecen bajo la saludable influencia de la soledad i el trabajo, i el hombre no es ya el mismo que ántes; su identidad moral ha experimentado una mudanza completa. Sería bueno que los que declaman contra el uso del látigo investigasen cuán pocas veces se hace necesario emplearlo. Verian entónces que, si es indispensable administrarlo frecuentemente a los recien entrados, esta necesidad cesa luego; de manera que los que visitan la cárcel podrian pasar largo tiempo observando el réjimen de ella, sin echar de ver el freno secreto que obra en los presos i solo se manifiesta en sus efectos. En Auburn, los castigos corporales son raros. En Sing-sing, quizá por la diferente naturaleza del trabajo, que se hace de puertas afuera, son mucho mas frecuentes. Créese que, en esta última cárcel, entre mil presos, habrá como seis azotados por dia. En Auburn, donde los castigos son ahora tan suaves, eran al principio sumamente severos. Recien establecida la cárcel, hubo vez de azotarse en una hora diezinueve; i perfeccionada la disciplina,

ha llegado el caso de no aplicarse un solo azote en cuatro meses i medio. Para llegar a este punto, es preciso emplear una vijilancia incesante; pero hai un arbitrio injenioso para que los reos ignoren si se les observa o nó, i los guardadores puedan dispensarse de esta constante i penosa inspeccion. Corre al rededor de los obrajes una galería por medio de la cual los guardadores i los que visitan la cárcel puedan ver sin ser vistos, de manera que los presos no tienen nunca la seguridad de no ser observados, i se portan como si constantemente lo fuesen.

El inconveniente de los castigos corporales está perfectamente obviado en las cárceles segun el sistema de Filadelfia. No hai tentacion de hablar donde no hai nadie a quien dirijir la palabra; es casi imposible delinquir en una soledad absoluta; i no son menester muchos reglamentos para mantener el órden, donde cada preso está confinado a una pequeña celda, de que le es imposible escaparse. Necesita del trabajo para hacer soportable su existencia; él mismo lo pide; por consiguiente son excusados todos los medios compulsivos para inducirle a trabajar. Debemos, con todo, hacer mencion de un reglamento de Cherry Hill. El preso es compelido a escojer entre el estar siempre ocupado o siempre ocioso. No se le permite trabajar cuando quiera, i despues dejarlo, segun se lo dicte su humor; ademas la ociosidad está acompañada de oscuridad, i solo se da luz para el trabajo. Este es el único castigo que está al arbitrio del carcelero, i el único que la naturaleza del caso admite.—A cada celda está unido un pequeño patio, que sirve para la ventilacion. Los presos gozan de buena salud.

Sobre el particular de la reforma de los delincuentes, hai una diferencia en el efecto del trabajo entre las cárceles de Auburn i de Filadelfia. El trabajo en los establecimientos de la segunda especie es una distraccion. Cuando el solitario reo, cumplida su condena, vuelve al teatro bullicioso del mundo, no siente la necesidad de este recurso; i puede ser que se desquite de su larga abstinencia de la sociedad humana, entregándose todo a ella; el trabajo no tendrá ya el aliciente que ántes, excepto

en cuanto la destreza adquirida, la costumbre, i la necesidad de subsistir le induzcan a ocuparse en él. Pero estos son motivos poderosos, i probablemente prevalecerán. Al contrario, en los establecimientos segun el sistema de Auburn, en que el trabajo es compulsivo, los presos han aprendido a considerarlo como un deber, i este es cabalmente el aspecto en que conviene que lo miren: han aprendido humildad i sumision, cualidades las mas útiles e importantes para afianzar su buena conducta en la vida futura.

Hai en el sistema de Auburn un grave defecto en que se asemeja a las bárbaras prisiones de Inglaterra i Francia, i de que el de Filadelfia está exento. Cuando un reo ha cumplido su tiempo i ansia por restablecerse en el mundo, le importa infinito ocultar a los demas hombres que ha estado habitando una reclusion de facinerosos, porque la notoriedad de esta desgracia le infamaria, i le sería poco ménos que imposible granjearse la confianza, i labrarse una nueva reputacion. Para conseguirlo, nada le será mas perjudicial que las conexiones de la cárcel; si las reconoce, le conducen a la tentacion i al crímen; si las desecha, va a ser descubierto i acusado por sus camaradas. En las cárceles de Filadelfia, no hai este inconveniente: allí ningun preso ve la cara ni oye el nombre de otro, por mas larga que sea su detencion. Ellos se consolaban con la idea (segun lo expresaron a los comisionados franceses) de que, en saliendo de aquel lugar, podian empezar otra vez su carrera en el mundo, sin temer las revelaciones o instigaciones de sus compañeros. Hai otra ventaja en Filadelfia, pero no tan importante, ni tan irremediable. En Auburn, se admite indistintamente a cuantos tienen la curiosidad de visitar el establecimiento i puedan satisfacerla pagando una contribucion lijerísima. Esta práctica tiene sus utilidades en cuanto sirve de garantía a la buena conducta de los empleados. Pero es de temer que facilite el reconocimiento de los presos en los lugares adonde despues de cumplida su condena vayan a buscar ocupacion. En Filadelfia, no se puede visitar la cárcel, sino con permiso de los majistrados, que lo conceden rara vez i con mui graves motivos.

Las utilidades de las cárceles de que hemos hablado pueden resumirse en pocas palabras: imposibilidad de que los encarcelados se corrompan mutuamente comunicándose; gran probabilidad de que adquieran hábitos de obediencia i de industria, que los hagan ciudadanos útiles; posibilidad de una reforma radical.

La instruccion moral i relijiosa forma la base de los penitenciarios americanos. A los prisioneros que dan alguna esperanza, se les enseña a leer i escribir, si ellos quieren; i el ser admitidos a esta enseñanza, se mira como un gran favor. Se les dan lecciones los domingos ántes del oficio divino. Cada preso tiene una Biblia en su celda. En algunas de estas instituciones, reina un espíritu de relijion i piedad mas fervoroso que en otras. El tono serio de los encarcelados en el penitenciario de Filadelfia hizo una grande impresion en los comisionados franceses. No podian conversar largo tiempo sin enternecerse; los sentimientos relijiosos i los recuerdos de las relaciones de familia les hacian derramar lágrimas. Un hombre libre, dicen los comisionados franceses, un hombre que vive en sociedad, i puede comunicar francamente con los otros, no es capaz de apreciar todo lo que vale un pensamiento relijioso en la celda de un infeliz, condenado a reclusion absoluta. En la cárcel de Filadelfia, nada distrae la atencion de los presos; i como están siempre solos, la presencia casual de uno de sus semejantes, i las palabras que profiere, tienen un precio que la imajinacion del hombre libre puede difícilmente concebir. El director visita a cada preso una vez al dia; los inspectores dos veces en la semana; i el capellan no trata de otra cosa que de la reforma moral de los que tiene a su cargo. Los presos tienen libros que les sirven en cierto modo de compañía; i muchos de ellos encuentran un consuelo indecible en la lectura que se les permite por favor. Hai muchos filósofos (añaden los revisores) que se alegrarian de gozar de este retiro, llevando consigo sus libros; i no tenemos la menor duda de que, si se fundase una Cartuja protestante en iguales términos, sus celdas se llenarian de habitantes.

«En los Estados Unidos, la relijion es lo que anima princi-

palmente los experimentos de este especie. Hai en aquel país mas fervor relijioso que en el nuestro (Inglaterra); i a este espíritu deben en realidad sus buenos efectos las instituciones de que hablamos. Sus capellanes tienen el entusiasmo de misioneros; i en nada se parecen a los eclesiásticos holgazanes de nuestras cárceles, que deben su eleccion a empeños i recomendaciones de partido. En Auburn, Mr. Smith está exclusivamente dedicado al establecimiento; en Wethersfield, lo está Mr. Barret. Sería difícil dar idea de su celo; son venerados de cuantos tienen ocasion de tratarlos. El capellan es un personaje importante en estas instituciones; es el amigo del preso; entra en su celda solitaria con el carácter mas consolador i anjélico que un hombre puede presentar a otro hombre; recibe las confianzas del preso; es el depositario de sus esperanzas i temores; si el preso tiene alguna queja contra los empleados, el capellan es su padrino i su intercesor; si tiene alguna gracia que pedir, el capellan la solicita. Presto se hace dueño de los mas íntimos secretos del corazon de los presos; se informa de su vida pasada; se le consulta en cuanto tiene relacion con su perspectiva futura, en este mundo i en el otro. Coopera con el capellan el celo privado de muchas personas piadosas, que dedican de buena gana su tiempo i sus cuidados al grande objeto de la instruccion relijiosa i moral. A esta clase pertenecen jeneralmente los inspectores; sus servicios son casi o enteramente gratuitos. Ellos informan sobre el estado de la cárcel; pero la responsabilidad es del director.»

Terminaremos trasladando otros pasajes de la *Revista* citada, relativos a las cárceles de detencion i a los hospicios; i aplicables en mucha parte a Chile

«En la América del Norte, no han recibido mejora alguna las cárceles de detencion en que se custodia a los prisioneros hasta que se pronuncia su sentencia. Están allí, como aquí, todos juntos, el inocente i el culpado, el delincuente novicio i el malhechor empedernido. Pero, si en algun tiempo es un deber del gobierno el precaver la corrupcion mutua, es cuando el inocente puede estar confundido con el criminal. Por nuestras leyes, se presume inocente todo reo que aun no está con-

victo; pero por nuestra policía se le encierra en un lugar i en una compañía, de donde, cualquiera que haya sido su carácter al entrar, es imposible que salga sin haber abjurado todos aquellos principios i sentimientos que distinguen al hombre de bien del bribon. Aquí el ser acusado de un crímen es un preludio seguro de una serie de crímenes. La barrera entre la indijencia i el hurto es fácil de salvar, i en la cárcel va seguramente al suelo. El público, que lo sabe, mira con iguales ojos al acusado i al convicto; se cree que, si no está depravado, lo estará luego; i de este modo, la mera sospecha de delito que cae sobre un hombre, equivale a su completa perdicion moral i social. Haber estado en la cárcel basta; i por desgracia hai demasiada razon para pensar así. Es una estrecha obligacion de la lejislatura preservar de la depravacion de las cárceles al infeliz reo, cuya delincuencia no está todavía probada; este es un acto de justicia para el mismo reo, i para la nacion entera. Prender a un hombre indiciado de un crímen, i si resulta inocente echarle a la sociedad amaestrado para perpetrar cien crímenes, es el colmo de la demencia. Seguramente hai otros medios de detencion i custodia que este encarcelamiento promiscuo. No hai derecho para castigar ántes del juicio; i ¿qué castigo peor que exponer a un hombre a este contajio de maldad? El estado que lo hace, es responsable de todos los atentados que este hombre cometa en adelante.

«Recomendamos para las cárceles de detencion el Panóptico de Bentham. Como penitenciario tiene inconvenientes; pero como lugar de custodia, a propósito para el cultivo de principios morales i relijiosos, i para preservar a los detenidos de toda contaminacion, no nos parece que tiene ninguno.

«La mencion de las utilidades morales que pueden sacarse de las cárceles de detencion, nos trae a la memoria los hospicios de niños desamparados en América, i nuestra institucion filantrópica, establecimientos que deben considerarse como parte integrante de un buen sistema de disciplina criminal. Mr. Simpson, de Edimburgo, en un excelente opúsculo que ha publicado recientemente sobre esta materia, cuenta mucho con la eficacia de aquella parte de su plan que consiste en echar

mano de los delincuentes que, por decirlo así, se hallan todavía en embrion, para ponerlos en la senda de la moralidad i la industria. El capitan Brenton i su sociedad han reducido a práctica este objeto importante con el mejor suceso; i mediante sus patrióticos esfuerzos i el auxilio de un pequeño capital, han hecho mas para la prevencion del crímen, que la mayor parte, si no todos, los ministros del interior que hemos tenido en estos últimos cien años.

«Las cárceles de deudores en América, en los estados que no han abolido la prision por deudas, no son superiores a los miserables establecimientos de esta clase que tenemos en Inglaterra. Esperamos llegue el tiempo en que esta especie de cárcel deje de ser necesaria. No debe castigarse del mismo modo al deudor que al facineroso; hablamos del deudor desgraciado; el fraudulento es un malhechor. Si la prision del deudor es para el recobro de la deuda, nada puede haber mas absurdo, porque encarcelarle no es darle medios de pagar; i si el deudor tiene propiedades, ¿por qué no se cubre la deuda con ellas sin despojarle de la libertad? Si se quiere de ese modo impedir que se contraigan deudas, se obtiene un resultado contrario, porque nada contribuye mas a la facilidad de prestar i dar al fiado, que la imajinaria seguridad que se cree tener en la persona del deudor, al paso que un excarcelamiento incierto i remoto es un débil freno para los especuladores osados e incautos.»

(*Araucano*, año de 1834.)



VARIEDADES

CÓDIGO

En prueba de la necesidad de la formacion de un código en los países que todavía se gobiernan por las leyes españolas, nos ha parecido conveniente insertar aquí lo que el docto don Francisco Martínez Marina expuso al consejo de Castilla en 7 de setiembre de 1815, i ha publicado en su interesante opúsculo, *Juicio Crítico de la Novísima Recopilacion*, dado a luz en Madrid el año de 1819.

«Los literatos españoles i jurisconsultos sabios llegaron ya a convencerse que sería obra mas fácil i asequible formar de nuevo un cuerpo lejislativo, que correjir los vicios e imperfecciones de los que todavía están en uso i gozan de autoridad. Desde luego reconocen en la *Recopilacion*, el mas importante i necesario, defectos incorrejibles por su misma naturaleza; obra inmensa, i tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores mas laboriosos; vasta mole, levantada de escombros i ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterojéneas i órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas i modernas, publicadas en diferentes tiempos i por causas i motivos particulares, i truncadas de sus orijinales, que es necesario consultar para comprender el fin i blanco de su publicacion. Por lo cual, un sabio majistrado que habia invertido muchos años en el estudio de la *Recopilacion*, dijo

oportunamente, i escribió en el año de 1808, que *este cuerpo legal era un fárrago de lejislacion i de historia.*

«Las ciencias (como dijo un erudito ministro del rei) dejaron de ser para nosotros un medio de buscar la verdad, i se convirtieron en un arbitrio para buscar la vida. Multiplicáronse los estudiantes, i con ellos la imperfeccion de los estudios; i a la manera de ciertos insectos que nacen de la podredumbre, i solo sirven para propagarla, los escolásticos, los pragmáticos, los casuistas i malos profesores de las facultades intelectuales envolvieron en su corrupcion los principios, el aprecio i hasta la memoria de las ciencias útiles. Cuando se lleguen a disipar estos nublados (continúa el señor Marina), cuando se perfeccione entre nosotros la educacion literaria, cuando se progrese en el buen gusto i arte de razonar, cuando no se opongan obstáculos a la luz que brilla i resplandece en otros países, cuando se rectifique la opinion pública i se jeneralice la instruccion i la sabiduría; entónces se conocerá la necesidad i se tratará seriamente de formar un código lejislativo digno de la nacion española, por el estilo, órden i método de los que se han publicado en Francia, Prusia i Austria; i la *Recopilacion*, en el estado que hoi tiene, vendrá a parar en lo que otros muchos libros de su mismo metal i jaez, que solo aprovechan para envolver especias.

«Desde el siglo XVII, se hicieron en Europa algunas tentativas para mejorar el estado de la ciencia legal, i la suerte del derecho público i privado. Los esfuerzos de la razon i el influjo de la filosofía produjeron sucesivamente una multitud de códigos que dan honor a las naciones que los han promovido i a los príncipes que los sancionaron. Sin embargo, ninguno hai exento i libre de imperfecciones i defectos considerables. El código dinamarques de 1683, el mas antiguo en su clase; el sueco, el código de Federico, el sardo, el Teresiano, el frances, que a mi juicio se aventaja a todos, ni son completos, ni están perfectamente acabados. Pero el código español, la *Recopilacion*, en cualquiera época que se considere, aunque mas voluminoso i abultado, i acaso mas copioso i abundante que aquéllos, en mérito es inferior a todos, i sumamente defectuoso con

relacion a las calidades que tienen dependencia de la filosofía, de la lójica i de la gramática.»

El señor Marina encuentra la causa de los vicios de este indijesto código, en el absurdo sistema que se siguió de compilar en él las leyes del reino vivas i no derogadas, estampándolas fielmente como se hallaban en sus orijinales; yerro en que tuvieron parte diferentes motivos: la ignorancia de la filosofía del derecho; el amor ciego a las antiguas leyes, el odio popular, injustamente concebido contra las novedades; i «la voz i voto de muchos que tendrian a ménos ser contados entre los que componen la clase del pueblo, de los que gozan concepto de doctos i pasan por oráculos de la lei; los cuales por asegurar su fortuna i reputacion, o aumentarla i dar importancia a sus personas i ministerios, de comun acuerdo celebran el sistema establecido, aunque vacilante i decrépito; esfuerzan el partido de intolerancia de toda lei i costumbre extranjera; ponderan los inconvenientes o escollos i peligros de las novedades; i echando un velo sobre los defectos e imperfecciones de nuestra lejislacion, solo tratan de fomentar la vanidad nacional, i de mantener al pueblo en su ceguedad, preocupacion e ignorancia.

«Nacieron de este plan vicioso la inmensa multitud de citas i remisiones que se hallan sobre el epígrafe o sumario de cada una de las leyes; trabajo inútil i embarazoso, porque un código no debe ser una mera redaccion o copilacion de leyes, providencias i pragmáticas expedidas en diferentes épocas i con diversos motivos, sino una obra orijinal, fruto de meditaciones filosóficas; i no necesita de citas o remisiones a otros monumentos legales mas antiguos, ni de mendigar su autoridad de los príncipes que nos han precedido...... Mas a este defecto siguen otros de mucha mayor consecuencia: defectos de estilo i de lenguaje en la extension de las leyes. Su lenguaje debe ser el de la verdad: uniforme, sencillo i familiar; expresiones claras, términos intelijibles, ideas justas i exactas. Si en toda clase de conocimientos el vicio i desórden del lenguaje es a un mismo tiempo efecto i causa de la ignorancia, de la confusion i del error, en materia de lejislacion es mas funesto,

porque de aquí nacen la ignorancia de los deberes sociales, la inobservancia o abuso de las leyes, la incertidumbre en que fluctúa el ciudadano sobre asuntos en que le van su honor, subsistencia i vida; de aquí los embarazos i dificultades que se experimentan en el foro, las interpretaciones arbitrarias o maliciosas, i la imposibilidad de saber las leyes el comun del pueblo para quien se han formado; porque el código nacional no se debió copilar solamente para los sabios, para los majistrados i jurisconsultos, sino para todos los ciudadanos. A todos debe ser accesible, por todos intelijible, su libro familiar, el catecismo del pueblo.

«La multitud de términos técnicos peculiares de un método arbitrario, sin que precedan o acompañen breves definiciones; las nomenclaturas desconcidas, los modismos desusados, el estilo semibárbaro i anticuado, son defectos inevitables en el adoptado sistema de trasladar a la letra i reunir en un cuerpo las leyes de tan diferentes edades. Así fué que los copiladores, en lugar de difundir la luz, i facilitar la intelijencia de las leyes, han esparcido por todo el código la oscuridad i las tinieblas.

«Se aumenta la confusion con la redundancia del estilo...Esas ordenanzas i reglamentos cuyo texto ocupa a las veces dos, cuatro, ocho i diez fojas, circunstancia singular de nuestro código, que lo distingue de todos los conocidos, i lo constituye en cierta manera orijinal; esas pragmáticas tan complicadas i talvez opuestas i contradictorias; esas leyes tan prolijas, sembradas de proposiciones inconexas con la principal, paréntesis i detalles inútiles, frases i períodos accesorios, que no pertenecen a la sustancia de la lei; atestadas de citas, prólogos impertinentes i disertaciones histórico-legales; todo esto hace sumamente árido i desagradable el estudio de nuestras leyes; impide que se puedan entender i retener en la memoria; es un manantial de oscuridades, i no sirve mas que para echar un velo sobre la voluntad del lejislador.»

Hace tambien el señor Marina juiciosas observaciones sobre los falsos principios de moral i política, que han presidido a la formacion de una parte mui considerable de nuestras leyes, de lo que ha resultado no solo el crecer desmedidamente su número, sino el mezclarse amenudo el lejislador en lo que no

exije su intervencion, o en lo que ésta es del todo ineficaz e impotente o quizá perjudicial: «reglamentos suntuarios para fijar la materia i hechura de los vestidos, los gastos de los convites, el menaje de casa i el traje de las mujeres; reglamentos relativos a las posturas de comestibles, tasas de granos, valor de las mercaderías, interes legal en los cambios i comercio de la moneda; leyes parciales, jurisdicciones embarazosas, fueros privilejiados, que hacen la lejislacion complicada, incomprensible e infructuosa....

«Una triste experiencia nos ha mostrado que la imperfeccion de nuestra jurisprudencia, los males, abusos i desórdenes del foro nacieron principalmente de la dificultad, por no decir imposibilidad de saber las leyes a causa de su inmensa multitud, la cual es un velo tenebroso que oculta su intelijencia i sus defectos.—La multiplicidad de leyes, dice Saavedra, es mui dañosa a la república, porque con ellas se fundaron todas, i por ella se perdieron casi todas. En habiendo muchas, causan confusion i se olvidan, o no se pudiendo observar, se desprecian. Argumentos son de una república disoluta. Unas se contradicen a otras, i dan lugar a las interpretaciones de la malicia, i a la variedad de las opiniones, de donde nacen los pleitos i las disensiones. No ménos suelen ser trabajadas las repúblicas con las muchas leyes, que con los vicios.—

«Hé aquí el estado actual de nuestra lejislacion. ¿Quién sería hoi capaz, aun despues de muchos años de estudios i continuadas investigaciones de comprender todas las partes del sistema de la jurisprudencia española? El juez mas íntegro, el abogado mas estudioso no pueden ménos de ignorar en gran parte las leyes de España. Ningun profesor de esta ciencia, por mas que se afane, podrá adquirirla en el grado correspondiente, i cada dia se hallará mas perplejo i dudoso sobre el último estado de las disposiciones i establecimientos de la lejislacion española.»

Estos defectos eran una consecuencia necesaria del plan seguido para la redaccion del código. El señor Marina nota otros muchos que provinieron de la incapacidad o incuria de los redactores, verbi gracia: la falta de órden; los errores de los

epígrafes, que atribuyen las leyes a tiempos que no corresponden, i talvez a reyes que nada resolvieron sobre el particular, o resolvieron lo contrario; notas i remisiones inexactas, confusas i vagas; leyes forjadas de documentos repugnantes, o por lo ménos inconexos; leyes de ningun uso en nuestros dias, por haber cesado las causas, fines i objetos de su publicacion; leyes repetidas i redundantes; mezcla de leyes vivas i muertas, derogadas i derogantes; leyes erradas, interpoladas, i no conformes con los orijinales de que se sacaron; leyes que no merecen este nombre, porque solo contienen amonestaciones, recuerdos, encargos i providencias ceñidas a asuntos, casos i personas particulares; leyes que, atendida su materia, objeto i estilo, no merecian lugar en un código nacional; i en medio de toda esta multiplicidad i redundancia, leyes excelentes omitidas, i vacíos que hubieran podido llenarse fácilmente. El señor Marina sustancia cada uno de estos cargos con multitud de ejemplos; e insiste a cada paso sobre la necesidad de un código ordenado i completo, reducido a un solo volúmen de moderado tamaño, i accesible a la intelijencia de todos.

Llamamos la atencion sobre estos extractos del interesante opúsculo del señor Martínez Marina, tan conocido en la república literaria por su *Ensayo Histórico sobre la Lejislacion Española* i su *Teoría de las cortes;* i no dudamos que, leídos sin preocupacion, acabarán de convencer a los que todavía vacilen en su juicio, de la necesidad de codificar nuestras leyes, segun el plan presentado a las cámaras, que coincide en un todo, con las ideas de aquel sabio escritor. Pero ¿necesitamos acaso de la exposicion que hace el señor Marina del estado de nuestra jurisprudencia i de los vicios de nuestros cuerpos legales? Nuestros jueces i jurisconsultos los palpan demasiado; i el gobierno, si hemos de juzgar por los discursos del presidente a las cámaras, conoce i deplora el actual órden de cosas, i está decidido a trabajar esforzadamente en remediarlo. Sin embargo, ¡cosa extraña! despues de tantas i tan expresivas recomendaciones del gobierno, ha trascurrido la mitad del período constitucional de la lejislatura de este año, i nada, nada absolutamente se ha hecho en un objeto que casi todos consideran como de la pri-

mera importancia. No se dirá sin duda que las materias en que hasta ahora se ha ocupado el congreso son de una importancia preferente. En nuestro sentir, ni las reformas constitucionales que han absorvido casi toda su atencion los años pasados, pueden ponerse en paralelo con ésta. Pero concluido ya este trabajo (cuya importancia estamos mui léjos de desconocer), ¿cómo puede explicarse la apatía de los representantes de la nacion en un punto en que tanto interesan el bien jeneral, el goce verdadero de las garantías constitucionales i la seguridad de todo lo que es precioso i sagrado a los hombres? Es probable que pasará la actual lejislatura sin haberse tomado siquiera en consideracion un proyecto que con tanto ahínco le ha recomendado mas de una vez el jefe supremo; i esta recomendacion vendrá a ser como una especie de mero formulario de los discursos de apertura, a lo ménos miéntras una jeneracion mas amante de la causa pública o mas decidida en sostenerla no ocupe el lugar de la presente.

Se ha iniciado en el senado el proyecto de organizacion de los tribunales de justicia; i tenemos ciertos presentimientos de que sus trabajos en esta materia (aunque emprendidos sin duda con las mejores intenciones i con verdadero deseo de acertar) dejarán subsistentes todos los vicios i defectos de que adolece el actual sistema. Estamos convencidos de que este arreglo no puede trazarse con acierto, sino despues de haberse reformado el órden de enjuiciamientos; i de que, aun cuando se diesen al sistema judicial las garantías de que necesita para llenar su objeto, no será posible hacerlas efectivas sin un cuerpo de leyes cual conviene a un pueblo que desea ser libre, es decir, sin un cuerpo de leyes que en el volúmen, forma, lenguaje i método sea enteramente diverso del que existe.

(*Araucano*, año de 1834.)



ORGANIZACION DE TRIBUNALES

I

Trabajándose ahora por comision del gobierno en el proyecto de organizacion de los tribunales, se nos permitirá, con el objeto de promover la discusion de un asunto de tanta importancia, reproducir de cuando en cuando en este periódico las ideas de algunos eminentes jurisconsultos, que han escrito sobre esta materia, reuniendo la filosofía i la despreocupacion a los conocimientos legales.

Una de las cuestiones que en estos últimos años se han ventilado con mas calor, es la relativa al número de personas de que debe constar un juzgado. Se tenia por inconcuso i se miraba como pasado en autoridad de cosa juzgada que a lo ménos los tribunales de apelacion debian componerse de muchos ministros. Bentham ha sostenido con argumentos fortísimos la razon contraria. Adoptada, como debe adoptarse en todo sistema de administracion de justicia, la publicidad absoluta de los juicios en todas sus partes, basta un solo juez, dice Bentham, i aun me adelanto a creer que uno solo es preferible a muchos.

Segun este escritor, la unidad en la judicatura es favorable a todas las circunstancias que deben exijirse de un juez, al paso que la pluralidad las menoscaba i debilita. La *integridad* de un juez depende mucho de su responsabilidad; i su responsabilidad es mucho mayor, sea delante de la lei, sea con res-

pecto a la opinion pública (que despues de todo es el único tribunal que puede ejercer sobre los jueces una superintendencia eficaz, cuando se le suministran los medios de instruirse i pronunciar sus juicios), si pesa sobre un hombre solo; si este hombre no tiene mas apoyo ante el público que la rectitud de sus decisiones, ni mas escudo que la estimacion de sus conciudadanos; i si, en el caso de cometer una injusticia, el descrédito ha de caer sobre él todo entero, i se halla solo contra la indignacion universal. Pocos hombres se inmolan por la virtud; por la infamia, ninguno. Aun cuando un juez no fuera íntegro por inclinacion, tendria que serlo a pesar suyo en una posicion en que su interes es evidentemente inseparable de su deber.

Esto sucede en un juzgado unipersonal; veamos a qué se reduce la responsabilidad de un tribunal numeroso. Una corporacion, ademas de contar con mucho mayor número de conexiones sociales, de valedores i apasionados, tiene a su favor el prestijio de aquella superior autoridad e instruccion que se presume en una reunion escojida. Para el vulgo, es mui cómodo, en vez de pesar las razones, contar los votos. El número impone respeto a la imajinacion, i en casos ordinarios la subyuga. Si esta ilusion se extendiese a todo el público, el mal no sería tan grave, porque las sentencias, aunque fuesen injustas, no lo parecerian. Pero no es así: unos se dejan arrastrar del número; otros examinan i condenan. El descrédito se propaga, i a la larga echa raíces hondas, a lo ménos en la clase mas instruida de la sociedad, que es la que da el tono a la opinion.

La responsabilidad, pues, tan poderosa sobre el individuo, intimida mucho ménos a una corporacion, i tanto ménos, cuanto mas numerosa sea; i lo peor es que no se consigue por este medio ni aun la mezquina ventaja de que deslumbre a los ignorantes, porque solo la rectitud de las decisiones puede asegurar largo tiempo la confianza pública. Bentham apoya esta idea con la historia de algunas corporaciones célebres.

En un tribunal compuesto de muchos, cada miembro tiene

el medio de absolverse a sí mismo, imputándose unos a otros la odiosidad de un decreto injusto, que, siendo obra de todos, no lo es en realidad de ninguno. *Mi modo de pensar no era ese, pero la mayoría de mis colegas estaba tan decidida, que no pude resistirla.* Tal es el lenguaje de varios jueces i de sus amigos; la debilidad pasa por modestia i la cobardía por deferencia; la afrenta de la injusticia se elude; o dividida en la muchedumbre, se reduce a una fraccion pequeña. Pero un juez único no tiene escapatoria; él reporta todo el crédito de los aciertos, i toda la ignominia de las prevaricaciones.

Añádase a esto que en un cuerpo, sobre todo si es algo numeroso, los individuos se apoyan i sostienen unos a otros. Un hombre, en medio de sus compañeros, se fortifica con los aplausos de éstos contra la desaprobacion jeneral. Las personas que vemos diariamente i con quienes formamos relaciones íntimas, son aquellas cuyo concepto i buena voluntad nos importan mas. Pero un juez que no puede oponer a sus censores la fuerza de una confederacion, sucumbirá en breve a la reprobacion pública, si es qne podemos suponerle tan insensato que quiera acumular carbones encendidos sobre su cabeza.

Sucede amenudo en una corporacion que un individuo arrastra las opiniones de sus colegas por su saber o su carácter. Entónces, en ganando este voto predominante, están seguros los otros. El tribunal que se halla en este caso, que no es de rara ocurrencia, es unipersonal de hecho, i sin embargo carece de las garantías de los juzgados unipersonales.

Otro inconveniente de la pluralidad es que ofrece a cada miembro un medio de prevaricar a medias sin comprometerse. Con dejar de asistir al tribunal, se da medio voto al litigante injusto que se desea favorecer. El juez único tiene que dar todo su voto o dejar a otro su puesto.

El número ademas puede servir para paliar parcialidades, actos de arbitrariedad o tiranía bajo el pretexto especioso de celo por la honra o dignidad de la corporacion. Por salvar el honor de ésta, se desentienden sus miembros de reconocer un error, i agravan los perjuicios de las partes en vez de confesarlos. Desgraciado el que ofenda al tribunal o a uno de sus



miembros, porque cada cual, aparentando no consultar mas que el interes comun del cuerpo, sirve en efecto al suyo. Para un juez único, no hai este apoyo. No tiene asilo a que acojerse. Sus injusticias o sus desaciertos son suyos, nó de un sér moral abstracto, a quien es preciso sacar airoso a todo trance, i para quien arde ostensiblemente el incienso, que en realidad se quema en las aras del amor propio ofendido.

Esto por lo tocante a la integridad: en otro número veremos (siguiendo siempre a Bentham) si la pluralidad de los jueces produce mejores efectos sobre sus disposiciones intelectuales.

II

¿Será acaso mas favorable el sistema de pluralidad a las disposiciones intelectuales de los jueces? ¿Hai motivo de esperar que se prestará mayor atencion a la causa, se comprenderá mejor, se fijarán mas profundamente en la memoria del juez todas las circunstancias, se calificarán con mas tino las pruebas, i se aplicará mas acertadamente la lei, cuando concurren a estas delicadas operaciones muchos hombres, que cuando todas las ejecuta uno solo?

Aquí parece que la ventaja está de parte de las judicaturas colejiadas, donde es probable que un individuo se distinga por la atencion o la memoria, otro por la facilidad de comprension, éste por el conocimiento profundo de las leyes, aquél por la destreza en el exámen i graduacion de las pruebas, esotro por la razon madura i sólida, que penetra el espíritu de la lei i percibe de una ojeada sus límites i sus aplicaciones; de manera que no pudiendo todos los hombres poseer en igual grado tantas cualidades diferentes, parece que se remedia este inconveniente en la reunion de muchos, donde suplen los unos lo que falta a los otros.

Debemos distinguir los asuntos sencillos i fáciles, que son los que mas de ordinario se presentan a una judicatura, de los complicados i difíciles, que a lo mas serán como diez entre ciento. Si la ventaja de que hemos hablado es efectiva, su utilidad se limita solo a este número. En los demas casos, un

hombre de cualidades intelectuales un poco superiores a la mediocridad, i con cuya integridad pueda contarse, tiene cuanto es necesario para la rectitud de las decisiones, particularmente con el auxilio de un cuerpo de leyes completo, sencillo i metódico.

Pero, aun en las cuestiones complicadas, la ventaja de las corporaciones es mas aparente que real. Hai en su seno, si se quiere, mayor caudal de atencion, de memoria, de juicio i de luces. Pero ¿hai acaso el mismo motivo para ponerlo en ejercicio, donde la responsabilidad, como lo hemos visto en el artículo precedente, obra con tanta ménos fuerza? Esa misma aparente cooperacion hace a cada uno de los individuos mas confiado i neglijente que si fuera solo. Los unos cuentan con los otros; i de este modo sucede que ninguno saca todo el partido que pudiera de sus cualidades individuales. Si hai uno cuyo voto arrastra el de los demas, la pluralidad no produce utilidad alguna; si hai emulaciones i rivalidades, peor; el buen juicio del uno tendrá que luchar con la preocupacion o la tenacidad del otro; i las fuerzas concurrentes, en vez de auxiliarse, se menoscabarán obrando en direcciones contrarias.

El juez unipersonal, por el contrario, tiene todas las razones posibles para hacer valer las dotes características de que la naturaleza le ha provisto, i para suplir i perfeccionar gradualmente aquéllas en que sobresale ménos. En esta clase de juzgados, es donde se forman aquellos hombres eminentes, que juntan al caudal de luces i a la madurez de razon una actividad mental i una laboriosidad increíbles. No hai hombre tan torpe, que no se linsonjee de poder pasar a la sombra de una corporacion; en un juzgado unipersonal, nadie puede contar sino con sus propios recursos; de que resulta que en las corporaciones predomina el número de sujetos incapaces, que, en vez de ayudar a sus colegas, les estorban i embarazan.

La unidad, dice Bentham, es un medio excelente para descubrir el verdadero mérito. Un hombre limitado i de saber escaso puede ocultarse largo tiempo en una corporacion numerosa; pero, si tiene que hacer papel por sí solo en un teatro público, su insuficiencia se dará bien pronto a conocer.

Tambien hai que tener presente, dice el mismo escritor, que un juez único no está abandonado a sí mismo; toda causa se litiga contradictoriamente por dos abogados que le sujieren los hechos, las pruebas i las leyes, i de quienes puede prometerse mayores esfuerzos que de una reunion de jueces. Ademas, el recurso de segunda instancia produce todas las utilidades de la pluralidad, porque dos jueces, que tienen sus sesiones separadamente, son en realidad dos jueces, pues no tienen las mismas provenciones ni los mismos hábitos, ni la neglijencia del uno puede compensarse por la actividad o el celo del otro; miéntras que dos jueces pertenecientes a un mismo tribunal son dos en la apariencia i ménos que uno en realidad.

Por otra parte, si un juez se halla perplejo para pronunciar su dicision, nadie le impide consultar letrados imparciales i valerse de los mejores consejos; su responsabilidad no le dejará prescindir de semejantes auxilios, siempre que le sean necesarios.

Hemos visto que la pluralidad de jueces no es favorable ni a las cualidades morales, ni a las intelectuales del juzgado. Pero ademas militan a favor de las judicaturas unipersonales dos ventajas incontestables: la celeridad i la economía. Con un juez único, no se pierde tiempo en debates i discursos inútiles, que no satisfacen mas que la vanidad del que los pronuncia. Un juez único no tiene que luchar con las contradicciones del mal humor de unos, con los obstáculos del amor propio de otros, con la pusilanimidad de éste, con la obstinacion de aquél, con la mala fe o la ignorancia de esotro. Cuando se ha enterado de la causa i ha formado su juicio, está todo concluido.

Si hai muchos jueces i sus sueldos son mezquinos, todos los hombres de capacidad huirán de una carrera infructuosa, i habrá que echar mano de jusrisconsultos adocenados i de hombres de poco talento. Si los salarios se aumentan hasta la cuota necesaria para que haya candidatos respetables, el mal de la pluralidad ya no es un negocio de argumento, sino una demostracion aritmética. Si, en vez de un juez, se ponen diez, la diferencia, por lo tocante al costo de la administracion de

justicia, será de mil por ciento. I esta justicia tan costosa, creemos haber probado que es al mismo tiempo mas dilatoria, mas dispendiosa, i por consiguiente, para los litigantes, ménos digna de la confianza pública, i ménos a propósito para desarrollar las cualidades ocultas, elevar la mediocridad i educar majistrados de un órden superior.

En Chile, es mas importante esta ventaja de los juzgados unipersonales. Con lo que costase al erario una o dos corporaciones de jueces en la capital, se podrian crear dos o tres tribunales mas en las provincias, donde tanto se hace sentir la falta de una buena administracion de justicia, i dotarlos a todos con la liberalidad necesaria para dar independencia i lustre a la judicatura, i asegurarle candidatos respetables.

Pero, si es tan manifiesta la superioridad de los juzgados unipersonales, ¿de qué procede, se preguntará, la preocupacion jeneral que hai a favor de los otros? Bentham la atribuye a dos causas: la idea vulgar de que mas valen dos cabezas que una, i la nocion política de que conviene dividir la autoridad para moderarla. Ya hemos visto lo poco que vale la primera razon. En cuanto a la segunda, la utilidad de las corporaciones judiciales es relativa a la falta de publicidad del enjuiciamiento. Para mitigar el despotismo de los tribunales independientes de la opinion pública, no hai duda que es útil la pluralidad de jueces; pero es porque, por medio de ella, se introduce en el tribunal un destello de publicidad. Una confederacion de jueces, por perversos que se les suponga, lleva ya en su seno semillas de descontento i de desunion: un solo hombre virtuoso, i a veces un solo hombre desafecto, bastará para hacer abortar un proyecto de injusticia, i para que se contengan los prevaricadores con el recelo de una denuncia al público. Pero, si semejante division de autoridad ha debido producir algunos buenos efectos en el sistema de una actuacion secreta i arbitraria, no por eso se ha de inferir que una garantía, sujeta a tantas imperfecciones, pueda suplir la falta de la única verdadera, que solo se halla en la publicidad absoluta. Todo cuanto bueno hai en la pluralidad de los jueces, no es mas que un medio indirecto, acompañado de gravísimos inconvenientes, para lograr

en parte lo que se consigue completa i directamente con un modo de enjuiciar franco, leal i público.

Consultemos la experiencia: su testimonio comprueba estos raciocinios. En aquella gran mina de singularidades políticas, la Inglaterra, se hallan los dos extremos de sencillez i multiplicidad en la judicatura; i la reputacion de justicia de los tribunales está constantemente en razon directa de su publicidad, i en razon inversa del número de individuos de que se componen.

En el tribunal del canciller, no hai mas que un juez; no hai jurados; i sin embargo de esto, ni una sola sospecha ha oscurecido su reputacion de medio siglo a esta parte. Es de notar que aquel majistrado no solamente es juez, sino ministro; que distribuye gran número de empleos; i que el suyo es precario, pues es amovible a voluntad del rei. I sin embargo de eso, con las dos poderosas salvaguardias, *publicidad* i *unidad*, aquella judicatura ha permanecido sin mancilla, a pesar de haberla desempeñado sujetos de mui opuestos caractéres; los unos irreprensibles en sus costumbres, los otros de irregular conducta; unos interesadísimos, otros desinteresados; unos engolfados en el torbellino político, otros indiferentes a los partidos; unos eminentes en conocimientos, otros de saber mui escaso. Pero todos han sido igualmente íntegros en la administracion de justicia; i aun se ha visto, como por una especie de milagro político, que el mismo individuo que era tachado de servilidad i condescendencia en la judicatura donde tenia solo un voto entre muchos (la cámara de los Pares), gozaba de una reputacion sin mancha donde no se pronunciaba otra voz que la suya.

La cámara de los Pares como tribunal de apelacion no debe su crédito de justicia, sino a una circunstancia singular: los lores se han desprendido virtualmente de esta autoridad depositándola en aquellos de sus colegas que han ejercido judicaturas. Así es como se han puesto al abrigo de las imputaciones de ignorancia i de parcialidad que de otro modo habrian sido inevitables. En cuanto a la cámara de los Comunes, ya se sabe que era el mas injusto i parcial de todos los tribunales cuan do

desempeñaba las funciones judiciales en causas de elecciones. La iniquidad habitual de sus fallos fué el motivo reconocido de la abdicacion de su poder judicial: ponerlo en manos de quince jueces, en lugar de quinientos, fué la idea principal de la reforma.

El tribunal superior de Escocia, compuesto de quince jueces, habia dado lugar a gravísimas quejas; nadie dudaba que para reformarlo bastaba disminuir su número, que es cabalmente lo que ha sucedido en su nueva organizacion. Cada seccion de tres jueces despacha actualmente mas negocios que ántes todo el tribunal, i sus fallos producen muchas ménos apelaciones.

Un epigrama de Montesquieu es el argumento mas fuerte que se ha hecho contra la justicia sumaria i la unidad de juez. «El juez único es un cadí o un bajá: la justicia sumaria es justicia turca. El cadí oye a las partes: manda dar de palos a una de ellas o a ambas, i se termina la causa.» Pero nuestro juez único i el cadí no se parecen en nada. En Turquía, no hai leyes escritas; no hai redaccion de actas; no hai apelacion, ni revista; no hai opinion pública; no hai periódicos; no hai congresos, ni ayuntamientos, ni elecciones populares.

III

La publicidad es la mas esencial de todas las garantías de la recta administracion de justicia. Hé aquí un breve resúmen de sus efectos, sacado de las obras de Bentham.

1.° La publicidad del interrogatorio de los testigos excita en ellos todas las facultades mentales que concurren a producir una exposicion fiel, particularmente la atencion. Es verdad que un testigo de un jenio tímido no podria presentarse en público sin una especie de terror, i que sus respuestas bajo la influencia de este sentimiento serian embarazadas i confusas. Pero este es un caso entre mil; i la turbacion, aun en las personas nerviosas i de una sensibilidad excesiva, no suele obrar sino en los primeros momentos i ofrece por otra parte una presuncion de candor i veracidad. En los casos extremos, pudieran tambien dispensarse excepciones



2.° Pero el principal efecto de la publicidad sobre los testigos, es precaver el perjurio. Si en un interrogatorio secreto puede ser audaz la mentira, difícilmente lo será en público, aun poniéndonos en el caso de un hombre enteramente depravado. Tantas miradas dirijidas a él le desconciertan. Una fisonomía conocida i mil que no conoce, le inquietan igualmente. En cada cual de los que le oyen, temerá hallar un testigo que le confunda, i le exponga a todos los peligros del perjurio. Si se descubre su infidelidad, sabe que hai a lo ménos una pena de que no podrá escapar, que es la de la afrenta a presencia de una multitud de espectadores.

3.° La publicidad tiene otra ventaja relativamente a los testigos, i es que, llamando la atencion hacia las causas, hace salir a luz muchos medios de prueba, que, si los procedimientos fueran secretos, permanecerian sepultados en la oscuridad.

4.° Este método produce tambien el efecto favorable de formar un espíritu público en órden al testimonio oral, i sirve para instruir a los individuos acerca de este punto importante. La discusion sobre materias judiciales entra entónces en la conversacion ordinaria; i el pueblo toma gradualmente mas i mas interes en los resultados. La naturaleza i las reglas del testimonio, las diversas especies de pruebas i sus diferentes grados de fuerza, llegan a ser mucho mejor conocidos, aun en aquellas clases de quienes ménos pueden esperarse estos conocimientos.

5.° La publicidad de los juicios obra en jeneral como un medio de instruccion pública acerca de las disposiciones de la lei, acerca de su aplicacion a los vàrios casos que se presentan, acerca de los medios de que se vale la mala fe para eludirlas, acerca de las imperfecciones mismas de la lejislacion i de sus buenos o perniciosos efectos. Esta es una enseñanza en que la práctica acompaña siempre a la teoría. Es un teatro en que aparecen a un tiempo la constitucion moral de la sociedad, i la eficacia de los correctivos que ministra la lei.

6.° La publicidad de los juicios da asimismo un grado poderoso de fuerza a la sancion moral, i establece una eficacísima censura sobre las costumbres. ¿A quién no hará estremecer la

idea de que sus crímenes, sus fraudes, sus extorsiones habrán talvez de presentarse algun dia a la luz pública i echar sobre su reputacion una mancha indeleble? Abierto así a todos el templo de la justicia, se convierte en una escuela nacional en que se inculcan las lecciones mas importantes con un grado de fuerza i de autoridad que ninguna otra cosa puede darles. Allí se pone a la vista el sendero del vicio al crímen i del crímen al castigo, con ejemplos que hacen la mas viva impresion. Pensar instruir al pueblo con sermones es presumir demasiado del talento de los predicadores o de la capacidad de los oyentes; pero, en una escena jurídica, la enseñanza es tan fácil como interesante; lo que se aprende de este modo, jamas se olvida. El precepto de la lei queda impreso en el alma por medio de las particularidades personales con que lo asociamos. Las ficciones del teatro, adornadas de todo lo que puede sostener la ilusion, son unas sombras débiles i fujitivas, en comparacion de estos dramas reales, que nos muestran en su triste verdad los efectos del crímen, la humillacion del delincuente, las angustias de sus remordimientos i la catástrofe terrible de su sentencia. ¿Qué cosa mas a propósito para grabar profundamente en el ánimo de los espectadores las funciones augustas de la judicatura i la majestad de las leyes?

Sin duda, hai causas en que la publicidad no careceria de inconvenientes, i que no convendria ventilar en presencia de las mujeres o del público. Tales serian las de injurias personales o verbales, i los procesos de familia, como entre marido i mujer, entre hijo i padre, por sevicia o mala conducta. El honor del sexo, en particular, es de una naturaleza tan delicada, que nunca puede haber un exceso de precaucion en sustraer a la malignidad ciertos deslices que acarrearian, presentados al público, una pena mui superior al delito, hiriendo vivamente la sensibilidad i mancillando para siempre la reputacion de una mujer incauta, víctima talvez de una seduccion infame. El rapto, el incesto, el adulterio exijen igual reserva por el interes de las costumbres. El ansia con que se ve esta especie de causas, prueba demasiado que las revelaciones escandalosas excitan mas curiosidad que repugnancia. ¿I qué provecho se

seguiria de rasgar el velo que cubre unos desórdenes cuyo mayor mal consiste en la notoriedad? Convenimos, pues, en que, si los tribunales deben considerarse como escuelas de virtud i de moral pública, es necesario cerrar sus puertas a las mujeres i a la juventud en aquellas causas que pudiesen ofender la decencia i herir el pudor.

7.° Pero la mayor importancia de la publicidad es con respecto a los jueces. Ella les es necesaria como estímulo en una carrera llena de deberes penosos, en que han menester toda la actividad del espíritu, i en que un solo descuido puede hacer triunfar la injusticia, o prolongar los padecimientos de la inocencia. Les es necesaria como freno en el ejercicio de un poder de que tan fácilmente puede abusarse. La publicidad no muda el carácter, pero lo reprime. Delante de un auditorio numeroso, no es fácil que un juez se abandone a su humor, i ejerza aquel despotismo de conducta que intimida a los abogados i a los testigos, o aquella odiosa parcialidad que halaga a los unos i humilla a los otros; ántes la continua presencia del público le enseñará a conciliar la dignidad con la moderacion. Fuera de estos saludables efectos sobre la exterioridad del juez, la publicidad los produce mui notables en la justicia de las decisiones. ¿Quién eludirá tantas miradas perspicaces i vijilantes? ¿Quién osará terjiversar en una marcha descubierta en que se le observan i se le cuentan todos los pasos? Bajo este respecto, ¿con qué podrá suplirse la publicidad? ¿Con apelaciones, visitas, inspecciones? ¿Con leyes severas contra los prevaricadores? Necesarias son, sin duda; pero consultemos la experiencia. En todas partes, se han prodigado estos medios, i en ninguna han sido eficaces. ¿Qué significan esos recursos i esas penas? No hacen mas que avisar al juez inferior que le conviene estar bien con el superior i conciliarse su gracia; i para estar bien con él, ya se sabe que no le importa tanto administrar rectamente la justicia, como administrarla del modo que le parezca mas a propósito para captarse su benevolencia. La condescendencia política será su primera virtud. Mas, para estar bien con el público, no hai otro medio que una conducta recta: el sufrajio nacional solo se consigue a ese precio.

El espíritu de cuerpo hará siempre que un juez superior castigue con repugnancia los delitos de los inferiores: el público simpatiza solo con los oprimidos. Ademas, ¿de qué sirve apelar de un juez que puede prevaricar en secreto, a otro juez que puede prevaricar del mismo modo?

Todos los hechos están de acuerdo con estos principios. Federico en Prusia i Catalina en Rusia, se dedicaron con un celo laudable a reformar los tribunales, a desterrar de ellos la venalidad, a vijilar sobre los jueces, a instruirse de los negocios mas importantes, a castigar las prevaricaciones manifiestas. Pero sus cuidados produjeron poco fruto; sus buenas intenciones se frustraron. ¿Por qué? Porque faltaba a sus tribunales la publicidad, i porque sin ella todas las precauciones son telas de araña.

Dícese que se debilita el respeto a las decisiones de la justicia sometiéndolas a la opinion pública, tribunal incompetente por su ignorancia, sus preocupaciones i caprichos. Confesaremos sin dificultad que en la mayor parte de los estados la porcion del pueblo que es capaz de juzgar es pequeña; pero la consecuencia que de esto debe deducirse es enteramente contraria a la que sacan los enemigos de la publicidad. El tribunal del público, dicen ellos, carece de luces para juzgar rectamente; quitémosle, pues, todos los medios de rectificar sus juicios. Se fundan en su ignorancia para despreciarle, i en este desprecio, para perpetuar su ignorancia; círculo tan vicioso en la lójica, como en la moral. Procediendo de este modo, se hace con la nacion lo que el tutor criminal, que, aspirando a ocupar el trono de su pupilo, le hizo arrancar los ojos para que la falta de ellos le proporcionase un medio legal de exclusion.

Pero el tribunal popular, por inepto que sea, no se abstiene de juzgar. Querer impedirle que juzgue, es tentar un imposible; todo lo que puede hacerse es impedirle que juzgue bien. Los errores del pueblo, los extravíos de que acusa falsamente a los jueces, las ideas siniestras que concibe de los tribunales, su parcialidad hacia los acusados i su odio a las leyes, son únicamente imputables a los que suprimen la publicidad de los juicios.

Cuando el público se abstiene de juzgar, es cuando, por un

exceso de ignorancia o desaliento, ha caído en una indiferencia absoluta. Esta apatía es el mas funesto de todos los síntomas. No es tan malo que el pueblo se engañe en sus juicios, como que deje de tomar interes en los negocios públicos. Entónces cada cual se concentra, i el vínculo nacional está disuelto. Cuando el público dice de la conducta de los tribunales *¿qué me importa?*, ya no hai mas que amos i esclavos.

Hasta aquí el ilustre publicista británico. Su opinion es actualmente la de todas las naciones que han adelantado algo en libertad i civilizacion, i la confirma del modo mas decisivo la experiencia de aquéllas que han adoptado la publicidad de los juicios, en algunas de las cuales es ya antigua esta institucion. Así es que, léjos de restrinjirla, vemos que se toman providencias para aumentar su influjo.

En el nuevo código criminal de la Luisiana, hallamos una que nos parece digna de tenerse presente. Concédese en él una libertad perfecta para publicar relaciones verídicas de los procedimientos de los juzgados, limitada solamente por las restricciones que hemos indicado arriba; i no se pone la menor traba a la libre discusion sobre la conducta oficial de los jueces i demas ministros de justicia. Para facilitar este objeto, se ordena que el juez, a solicitud del actor o del reo, conserve por escrito sus decisiones, con los motivos legales en que se hayan fundado; i se ha creado un funcionario particular, cuyo oficio es publicar relaciones exactas de todas las causas que sean notables o por el carácter del delito, o por la importancia de los principios que se hayan sentado en el curso del juicio.

IV

En nuestro artículo precedente, hemos manifestado las ventajas inmensas que produce la publicidad de los juicios sobre los jueces (i lo que se dice de éstos es aplicable a todos los empleados en la administracion de justicia), sobre los testigos i sobre el público todo. En este artículo, nos proponemos indicar la conveniencia de algunas otras reglas que tienen por objeto asegurar la rectitud e imparcialidad de los jueces.

Una de ellas es la obligacion de exponer los fundamentos de

la sentencia. Cualquiera que sea la forma de gobierno, la necesidad de fundar los actos oficiales i de manifestar a los ciudadanos que no es un hombre revestido de tal o cual título, sino la lei misma, quien les adjudica derechos o les impone cargas, es comun a todos los funcionarios públicos, desde el individuo que ocupa el trono o la silla presidencial hasta el último de los esbirros. ¿Por qué, pues, gozarán del privilejio singular de no dar cuenta de sus providencias los empleados en quienes deposita la nacion la mas sagrada de todas las confianzas; a quienes encarga la custodia de la vida, del honor i las propiedades de todos los ciudadanos? Pero, si semejante privilejio es incompatible con la naturaleza misma de la sociedad humana, aun lo es mucho mas con la esencia del gobierno republicano, en que todos son responsables al público, i en que, por consiguiente, deben darse a esta judicatura suprema los conocimientos que le son necesarios para juzgar de la buena o mala conducta de sus siervos. Sometidos los jueces, como los otros empleados, a esta regla, las sentencias serian otras tantas exposiciones, o mas bien, notificaciones de la lei, i otros tantos ejemplos prácticos de sus aplicaciones a los negocios de la vida; ni las oiríamos ya pronunciar en el tono enigmático de los oráculos, sino con la sencillez de la voz paternal, que se acomoda a la intelijencia de todos, i se afana en demostrarles que no es el poder, sino la razon quien les habla, i no la razon individual de un hombre, sino la razon de la lei. Entónces veríamos relaciones de causas i colecciones de juzgamientos, que darian a los ciudadanos la instruccion mas importante de todas, i al mismo tiempo una de las que excitan mas la atencion i la entretienen mas agradablemente. Pasó ya el tiempo en que se pudo decir a los hombres: *sic volo, sic jubeo*...... Aun en los pueblos hispano-americanos, amamantados con la máxima detestable del derecho divino de un hombre i de sus mandatarios para disponer de los otros a su arbitrio, es ya preciso que las autoridades se humanicen, o por mejor decir, que se presenten a los pueblos bajo un carácter verdaderamente respetable i augusto, el de órganos i ministros de la lei, i guardadores del pacto social.

No nos detendremos mas sobre este punto, porque en otro número de *El Araucano* hemos ya expuesto con relacion a él la doctrina de un autor clásico de jurisprudencia, que cita en apoyo de su opinion la de muchos otros escritores eminentes, i porque esta doctrina ha pasado ya a ser la práctica de las naciones mas adelantadas. Haremos hablar ahora a M. Baron acerca de otra regla importante, que es la de que en los tribunales colejiados se vote separadamente sobre cada uno de los puntos que se litigan, i se distinga el hecho del derecho.

«Las sentencias, dice este jurisconsulto, pueden ser viciosas por un abuso gravísimo, contra el cual la nueva lejislacion *(francesa)* no suministra ningun remedio. Estriba este abuso en someter a la deliberacion de los jueces una cuestion compleja, que abraza las diversas cuestiones de hecho i de derecho que se han suscitado en el juicio, en vez de hacerles deliberar distinta i separadamente sobre cada una de ellas. Este modo de votar, que se prefiere sobre todo en los litijios de menor cuantía, porque es mas expedito i breve, puede producir una mayoría falsa, i hacer que la sentencia se pronuncie a minoridad de sufrajios, sin que los jueces lo echen de ver.

«Supongamos, por ejemplo, que el tribunal se componga de cinco jueces, i que haya de decidirse en él esta cuestion: *¿Se adjudicará al demandante lo que pide?* Dos de los jueces votan por la negativa, porque, sin embárgo de que el hecho les parece constante, juzgan que no se ha establecido el derecho. Otros dos jueces votan asimismo por la negativa; admiten el derecho, pero el hecho no les parece probado. El quinto cree que el hecho i el derecho son suficientemente claros, i vota por la afirmativa. Segun esta aparente mayoría de cuatro jueces que rechazan la demanda i uno que la declara fundada, el tribunal sentencia que no há lugar a ella, cuando en realidad deberia fallar lo contrario, porque la pluralidad de la negativa es ilusoria. Para convencernos de ello, hagamos nosotros lo que los jueces deberian haber hecho: dividamos las cuestiones. Dos jueces declaran que no hai suficiente constancia del hecho, i tres se pronuncian en sentido contrario. Otros dos jueces fallan que la demanda no tiene bastante fundamen-

to en la lei; i tres la juzgan fundada. Resueltas, pues, afirmativamente por una pluralidad de tres contra dos las dos cuestiones de hecho i de derecho que sirven de base a la demanda, el pronunciamiento de no haber lugar a ella es enteramente opuesto a la verdadera opinion de la mayoría. Se corre el mismo peligro todas las veces que en un juicio de alzada, en vez de deliberar separadamente sobre las dos cuestiones de hecho i de derecho, se somete a los jueces la cuestion compleja de si se confirma o revoca la primera sentencia. La mayoría que aparece acerca de ella es falaz, porque muchas veces resulta de opiniones enteramente contrarias sobre los varíos puntos de hecho i de derecho; i miéntras no hai mayoría positiva sobre cada una de las cuestiones elementales, la que se forma sobre el complejo de todas ellas es una apariencia ilusoria.

«M. Adriano Duport, consejero del parlamento de Paris, i miembro de la *comision de constitucion*, fué el primero que suscitó esta gran discusion en el seno de la *Asamblea Constituyente*, en su discurso sobre el órden judicial, pronunciado el 20 de marzo de 1790.—Por un efecto de esta inadvertencia de nuestros jueces, es mui comun, decia, que sea condenado el que tiene a su favor la pluralidad de los votos. No son estos, por cierto, unos juegos de cálculo que rara vez se realizan; no hai dia que no presente una prueba de este abuso; yo lo he presenciado muchas veces.—Para hacerlo cesar, se estableció la lei de 24 de agosto de 1790, título V, artículo 5, en que el lejislador decretó que se propusiesen con toda precision en el juicio las cuestiones de hecho i de derecho comprendidas en el proceso; obligacion que evidentemente se impuso a los jueces con la mira de que deliberasen separadamente sobre cada una de ellas.

«Por desgracia, los redactores del proyecto del código de enjuiciamiento civil, no percibiendo el peligro de la deliberacion en masa sobre cuestiones complejas, no creyeron necesario censervar esta saludable disposicion de la lei de 24 de agosto. A pesar de las reclamaciones positivas de las cortes reales de Burdéos i Rénnes, se contentaron con poner en el artículo 141 del código, que *la redaccion de los juzgamientos*

contuviese una exposicion sumaria de los puntos de hecho i de derecho, *motivos i disposiciones de la sentencia*, sin hacer mencion de las cuestiones. Acerca de este artículo ha notado M. Locré lo siguiente:—No se ha creído necesario deferir a las observaciones de las cortes reales de Burdéos i Rénnes; una vez que los puntos de hecho i de derecho habian de exponerse con claridad, se ven mui bien de este modo las dificultades sobre que ha de recaer el pronunciamiento; i la proposicion formal de las cuestiones es inútil, o mas bien duplica un trámite.—Esta nota prueba que, al redactarse el artículo, se habian perdido de vista las poderosas razones que obligaron a la Asamblea Constituyente a prescribir la insercion de las cuestiones elementales en la sentencia. Estas cuestiones son verdaderamente sustanciales; i es indispensable someterlas una por una a la deliberacion de los jueces. ¿Cómo podrá suplir esta falta la exposicion sumaria de los puntos de hecho i de derecho?... Tampoco pueden suplirla los *motivos*, que son de pura redaccion, i no constituyen esencialmente la sentencia, supuesto que la corte de casacion no admite jamas las instancias que solo se fundan en la ilegalidad de estos motivos. M. Locré termina su nota diciendo:—El artículo 141 se contenta con no obligar a los jueces a enunciar las cuestiones; pero no les prohibe hacerlo, cuando las circunstancias lo aconsejen.— ¡Ojalá que la sabiduría de los majistrados supla esta peligrosa omision de la lei, i precava los extravíos indicados a la Asamblea Constituyente, contra los cuales no tenemos seguridad alguna en la lejislacion actual.»

V

Continuando en nuestro propósito de presentar algunas indicaciones importantes acerca de la organizacion de tribunales i administracion de justicia, nos contraeremos en este artículo al punto gravísimo del testimonio oral; i en primer lugar ventilaremos esta cuestion: ¿qué especie de personas deben ser admitidas a deponer en juicio? o mas bien, ¿qué testimonio deben desechar los juzgados como mas propio para torcer los

fines de la administracion de justicia, que para dirijirla al esclarecimiento de la verdad?— Casi nos limitamos a trascribir aquí las palabras del lejislador de Luisiana.

La prueba testimonial puede ser exhibida por el mismo juez o por otras personas. En jeneral, el carácter de juez i el de testigo son incompatibles. El juez no puede obrar en virtud del conocimiento peculiar que tenga de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decision, ni por consiguiente fundarla en él, si no es en casos mui raros, en que la lei le autorice expresamente para hacerlo, verbi gracia, cuando se trata de pronunciar si un acto o provision del tribunal es auténtico, de librar una órden para el arresto de un delincuente, de mandar evacuar la sala, o de requerir el auxilio de la fuerza armada. Si en cualquier otro caso no especificado por la lei, tiene el juez conocimiento de un hecho que importa a la recta determinacion de la causa, debe descender del tribunal i ser examinado como otro testigo cualquiera.

Por lo que toca a las demas personas, la regla es admitir el testimonio de todos. Así lo pide el objeto inmediato i directo del juicio: la averiguacion de los hechos. A primera vista, parece que no cabe excepcion en este principio; sin embargo, es factible que la admision de ciertas personas a declarar, acarree males que preponderen sobre la utilidad de sus deposiciones para el esclarecimiento de la causa. Por consiguiente, para rechazar una especie de testimonio, es menester probar la existencia de un mal preponderante, que puede consistir ya en lo incómodo i costoso del testimonio, ya en la probabilidad de que sirva para extraviar el juicio del tribunal, ántes que para ilustrarle.

¿Repeleremos en virtud de estos principios a todo testigo interesado? Eso sería suponer que un interes pecuniario inducirá por lo regular al testigo a sostener los embarazos i dificultades de una falsa deposicion en el severo i terrible escrutinio de un interrogatorio *cruzado*, exponiéndose a la pena o cuando ménos a la infamia del perjurio a presencia del público; i todo por la perspectiva incierta de la ganancia que ha de producirle una sentencia errónea. Sería suponer ademas,

que las deposiciones de un testigo de mala fe han de alucinar a los jueces. Es un axioma judicial que admite mui pocas excepciones, que mediante la publicidad i el interrogatorio cruzado son inmensas las ventajas que tiene la verdad sobre la mentira. El juez naturalmente debe estar sobre aviso contra tales testigos, porque sabe mui bien el sesgo que el interes ha de dar a sus pensamientos i palabras, i será consiguientemente mas cuidadoso i supicaz en su exámen.

Un escritor profundísimo sobre esta materia de las probanzas judiciales (Bentham, *Rationale of judicial evidence*) ha demostrado que, léjos de perjudicar a la elucidacion de los hechos, el testimonio de una persona interesada sirve en muchos casos para descubrir la verdad por un efecto de los esfuerzos mismos con que se intentase oscurecerla. El testigo, por su propio interes, no se apartará de ella, sino en cuanto le parezca necesario para lograr su fin; su deposicion, cuando le supongamos decidido a transijir con su conciencia, será una mezcla de verdad i mentira; i estos rayos de luz, obtenidos de la boca de los mismos que tienen interes en ocultarla, son de tanto valor como si emanasen de la fuente mas pura, i por su conexion con aquella parte de los hechos que se disimula o se altera, conducen fácilmente a otras pruebas, por cuyo medio se llenan los vacíos o se refutan las aserciones falsas. Sea, pues, que la persona interesada diga verdad o mentira, sea que recurra a la evasion o el silencio, su dicho será mas a propósito para poner en claro los hechos, que para alterarlos o encubrirlos.

Pero ¿convendrá recurrir al testimonio de las mismas partes? En Inglaterra, puede uno de los litigantes por medio de un expediente costoso que se sigue en otro juzgado, obtener respuestas juradas a las preguntas que proponga a su contrario. En Francia, se da igual facultad a las partes sin necesidad de recurrir a otro juzgado; i el juez solo la tiene para lo que se llama juramento decisorio, el cual se defiere cuando las pruebas parecen estar en equilibrio, segun cierta escala artificial con que se acostumbra graduarlas. En ambos arbitrios, hai defectos de forma i de sustancia. De forma, en cuanto se requiere que las preguntas o posiciones se hagan por escrito, i

se responda a ellas de la misma manera (exceptuando, segun creo, el caso del juramento decisorio), sin interrogatorio cruzado, i a presencia de solo el majistrado que autoriza la deposicion. Este es un defecto radical. De sustancia, en cuanto el derecho de interrogar se concede únicamente a las partes, i nunca en Inglaterra a los jueces; los cuales tampoco lo tienen en Francia, sino para deferir el juramento decisorio. Entre nosotros (los habitantes de Luisiana), se permite al actor i al reo que se interroguen mutuamente por escrito; i si no se responde categóricamente al interrogatorio, se dan por confesados los hechos. Esto supone que los hechos van siempre contenidos en el interrogatorio; suposicion que no nos parece enteramente equitativa con respecto a ninguna de las partes. Pero lo peor de todo es que la respuesta se mira como definitiva; no se pide explicacion de lo ambiguo; lo que se expone no se somete a un interrogatorio cruzado; no se procura el descubrimiento de lo que se calla; sin embargo de que la lei no obliga al declarante a limitarse a una respuesta categórica, meramente afirmativa o negativa. Si expone circunstancias que tienen un enlace esencial con la materia del juicio, la parte contraria no tiene derecho a examinarle acerca de ellas, por importantes o inesperadas que sean. Pero ¿qué es lo que dicta sobre este punto la razon? Que si se ocurre al testimonio de la persona mas interesada de todas en oscurecer la verdad, se le apliquen todos los medios que puedan servir para hacerlo completo i exacto. No hai motivo alguno para que se omitan en este caso todas las precauciones de que nos valemos aun en aquéllos en que se cuenta con la imparcialidad de los testigos. ¿Queremos oír a la parte? Arranquémosle la verdad toda entera; descartemos por el interrogatorio cruzado todos los subterfujios, todas las falsedades que pueda sujerirle el interes; i haciendo el exámen a presencia del juez, de la parte contraria, i de aquel incorruptible guardador de los derechos privados, el público, arredrémosle de apelar al perjurio.

Esto nos conduce a otra cuestion interesante: ¿Es preciso que todas las peticiones i contestaciones de los litigantes se reciban bajo la sancion del juramento?

La objecion principal que se presenta para hacerlo así, es que los juramentos se harian demasiado frecuentes i perderian de este modo mucha parte de su fuerza moral. A esto puede responderse que el hacerse poco caso del juramento depende principalmente de otras causas, como son la lijereza i falta de respeto con que se administra, i la dificultad de poner a descubierto el perjurio, para que recaigan sobre él la infamia i la pena legal. En un sistema que descarta todo jénero de ficciones técnicas, que no admite forma que no sea la expresion de la verdad, i que exije se expongan los hechos en un lenguaje claro i sencillo, la falsedad no tiene excusa; no hai entónces mas inconveniente en que las partes aseveren con juramento la realidad de los hechos que alegan, que en exijirlo a los testigos; sobre todo, si (como lo previene el código) se presta el juramento con la debida solemnidad, pronunciándolo expresamente el declarante, i se le recuerda que sus dichos van a pasar por la prueba del interrogatorio cruzado, i que su infidelidad le hará incurrir en la infamia i en las demas consecuencias del perjurio.

Veamos ahora cuáles son las utilidades que resultarian de este método. Para apreciarlas, consideremos qué objetos debe proponerse el lejislador en las reglas que establece para la decision de las controversias judiciales. Él debe seguramente proponerse que no se moleste a ningun ciudadano con demandas injustas, i que no se frustre o retarde la persecucion de sus lejítimos derechos con excepciones falsas o vejatorias. Los medios para el logro de estos interesantes fines son: que el lenguaje de los procedimientos judiciales sea claro, sencillo i preciso; que tengan éstos toda la celeridad compatible con el acierto de la deliberacion; que no sufran las partes otros costos que los indispensables; i que todo litigante sea responsable de las injusticias que cometa. El medio propuesto asegura esta responsabilidad mejor que otro alguno. Cuando el litigante atestigua con juramento lo que expone; cuando el juez que lo administra le dice:—Guardaos de alegar cosa alguna que no sea conforme a la verdad, porque si voluntariamente faltais a ella, caerá sobre vos todo el rigor de las

leyes; decid la verdad toda entera, porque, si algo ocultais ahora, os vereis obligado a declararlo ante el juez que ha de juzgar la causa, i de vuestra veracidad en esta ocasion pende el concepto en que ha de teneros el público;— cuando se simplifican de este modo los procedimientos i se confronta al litigante cara a cara, por decirlo así, con su conciencia, a vista de un majistrado respetable i del público, las demandas frívolas, las excepciones maliciosas, los artículos vejatorios no pueden ocurrir amenudo.

(*Araucano*, año de 1835.)



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

EXÁMEN DEL PROYECTO PRESENTADO AL CONSEJO DE ESTADO POR DON MARIANO DE EGAÑA

I

MINISTERIO DEL INTERIOR

Santiago, octubre 27 de 1835.

El presidente que ansia por ver realizada cuanto ántes la reforma de nuestros códigos, i que desea al mismo tiempo que se verifique con el tino i circunspeccion que tan ardua empresa requiere, me ordena remitir a V. E. los adjuntos ejemplares del proyecto de lei de administracion de justicia que debe someterse a la deliberacion del congreso, para que, examinándolo detenidamente en los intervalos desocupados que dejare el despacho, le presente cuantas observaciones hallare por conveniente para perfeccionarlo. S. E. se lisonjea de que, reunidos en ese tribunal los conocimientos jurídicos de sus ministros a los que proporciona la práctica de los juicios, verá mui pronto por este medio finalizada una obra que hasta el dia ha presentado enormes dificultades.

A fin de que el tribunal no se detenga en los inconvenientes que hasta el dia ha ofrecido la discusion de este proyecto, debo prevenirle que su autor está ya trabajando la parte correspon-

diente a la organizacion de tribunales i juzgados que se echa de ménos, cuyo trabajo me es lisonjero asegurar que será prontamente acabado.

Dios guarde a V. E.

JOAQUIN TOCORNAL.

A la corte suprema de justicia.

CORTE SUPREMA

Santiago, enero 11 de 1836.

La corte suprema se ha ocupado incesantemente del proyecto de lei sobre administracion de justicia, que S. E. el presidente de la república le remitió en meses pasados para que hiciera oportunamente sobre sus artículos las observaciones que creyere convenientes. Despues de una detenida meditacion, i aun de haber consagrado semanalmente un dia a este objeto en sesion extraordinaria del tribunal, tiene el sentimiento de decir que sus trabajos han sido infructuosos i que no pueden continuarse con esperanza de provecho. Sin tener a la vista el plan de arreglo de tribunales, se encuentran vacíos irreparables, i aun puede decirse que redundancias, que no es posible admitir ni desechar sin conocer la relacion i consonancia que guarden con lo que falta, i a nuestro juicio, con lo que debia preceder. Todo lo que se servirá V. S. poner en conocimiento de S. E. el presidente de la república, como resultado de la comision que se sirvió conferir a este supremo tribunal.

Dios guarde a V. S.

JUAN DE DIOS VIAL DEL RIO.

Al señor ministro de estado en el departamento del interior.

MINISTERIO DEL INTERIOR

Santiago, enero 12 de 1836.

He dado cuenta al presidente de la nota de V. S. fecha de ayer en que expone que, despues de repetidas sesiones que tuvo

el tribunal para examinar el proyecto de lei sobre administracion de justicia, ha concluido por resolver que, miéntras no tenga a la vista la parte del código relativa a la organizacion de tribunales, no podrá hacer sobre aquella obra las observaciones que el gobierno esperaba de sus luces.

No se ocultaba a S. E., cuando exijió el informe del tribunal sobre esta materia, que aun no se habia publicado la parte que se echa de ménos; pero conocia al mismo tiempo, como conoce todo hombre sensato, que el proyecto indicado contiene muchísimas disposiciones jenerales, i aun capítulos enteros que pueden examinarse independientemente de toda otra consideracion. Cualesquiera que sean los tribunales que se establezcan, cualesquiera que sean sus atribuciones, no se encuentra dificultad alguna para que se realicen, por ejemplo, la clasificacion de los pleitos de mayor o menor cuantía, las disposiciones relativas al fuero, los títulos enteros que tratan de los juicios ordinario o ejecutivo, el que trata de la responsabilidad personal de los jueces, i tantos otros puntos, en fin, que pueden examinarse, i cuya conveniencia o disconveniencia puede conocerse a primera vista.

Sin la lei de organizacion de tribunales, puede tambien la corte suprema formar un juicio cabal sobre el espíritu de las reformas que se establecen en el proyecto de administracion de justicia, i trasmitir sus observaciones al gobierno para instruccion de la lejislatura i perfeccion de una obra en que se interesan la vida i el honor de los ciudadanos, i en jeneral cuanto tienen de mas caro los hombres reunidos en sociedad.

El presidente espera que, penetrada la corte suprema de la exactitud de estas reflexiones, satisfará los deseos del gobierno, haciendo sus observaciones sobre el referido proyecto, o indicando al ménos los mismos defectos que bosqueja tan oscuramente en la comunicacion a que contesto.

Dios guarde a V. S.

DIEGO PORTÁLES.

Al presidente de la corte suprema de justicia.



Recomendamos particularmente a nuestros lectores la correspondencia que hemos insertado, entre el señor presidente de la corte suprema i el señor ministro del interior sobre el plan de reforma de la administracion de justicia presentado por el señor fiscal de la misma corte don Mariano de Egaña. Es tan grande el interes que años hace ha manifestado el público en las reformas judiciales, que no podemos ver sin sentimiento multiplicarse las demoras, i pasar un año tras otro sin que desaparezca de nuestro sistema de juicios ninguno de los defectos i vicios que lo afean, con no poco perjuicio de los intereses mas esenciales de la comunidad, con peligro de las instituciones republicanas que nos rijen, i hasta con desdoro del nombre chileno. Reconociendo las cualidades que adornan a los dignos individuos que componen la alta majistratura de Chile, nos dolemos de no verlos prestar a los patrióticos designios del gobierno aquella esforzada cooperacion que era tan natural esperar de su parte, i que tanto facilitaria la marcha i aseguraria los buenos resultados de un órden de cosas, en que ellos mismos, si bien lo miran, son mas interesados que ninguna otra clase de ciudadanos. Porque nada es mas a propósito para oscurecer el brillo de la majistratura, i para envilecerla en cierto modo a los ojos de sus compatriotas i de las naciones extranjeras, que la dura necesidad en que está colocada de administrar un sistema vicioso, cuyos malos efectos se imputan sin razon a los jueces, en vez de atribuirse a las leyes i prácticas establecidas.

No es esta la primera vez que se ha alegado que era preciso tener a la vista el plan de organizacion de la judicatura ántes de discutir si son o nó convenientes i adaptables las alteraciones indicadas en el de administracion de justicia civil, que ha visto ya la luz pública. Pero, a decir verdad, no hemos alcanzado a percibir esta necesidad. Si se tratase de fijar desde luego la redaccion de cada uno de los artículos de este último plan, si se pensara en determinar irrevocablemente todos sus pormenores, nos haria fuerza esa razon; pero no se piensa en tal cosa. Se trata de considerar la bondad i aplicabilidad de las reglas fundamentales que se proponen para la administra-

cion de la justicia civil; reglas cuya buena o mala tendencia es independiente de la forma que se quiera dar a los juzgados. La regla, por ejemplo, de fundar las sentencias, i la de examinar a los testigos en público i a presencia de las partes, no tienen nada que ver con el número de tribunales, ni con el nombre, composicion o competencia de cada uno; i otro tanto puede decirse de la mayor parte de las otras reglas o de casi todas. Algunas habrá sin duda que no sea posible discutir sin tener a la vista el proyecto de organizacion de tribunales: resérvese el juicio de la excelentísima corte sobre ellas; pero ¿por qué privarnos del auxilio de sus luces i de su experiencia en lo restante, que es sin comparacion lo mas? Ya quedan ménos de cuatro meses para la reunion de las cámaras ordinarias. ¿Pasarán tambien éstas, i nada habremos hecho?

II

Nuestra constitucion ha sentado las bases de una buena administracion de justicia; reconoce la inamovilidad de los jueces i la dependencia del poder ejecutivo necesaria para el constante i fiel desempeño de sus obligaciones; establece asimismo ciertas formalidades en la manera de proceder contra la libertad i propiedad del ciudadano; i afianza estas garantías con la responsabilidad de todos los funcionarios. Para que estas disposiciones no queden sin efecto, es menester hacerlas aplicables a todos los casos particulares, reorganizando los tribunales i juzgados, i estableciendo de un modo seguro el órden de sus procedimientos. El antiguo reglamento de justicia satisface en parte esta exijencia pública, pues despoja la antigua tramitacion de una infinidad de superfluidades que ahogaban a los jueces i causaban a los litigantes gran pérdida de tiempo, paciencia e intereses; pero no alcanza a llenarla cumplidamente, resintiéndose ya del tiempo en que se sancionó i en el que fué preciso arreglarlo a la constitucion de 1823, ya de los defectos inherentes a toda tentativa en que se trata mas de consultar la experiencia que de autorizar el resultado de sus lecciones. Dos defectos se notan mas: 1.° Dejando los pro-

cedimientos judiciales por escrito, quedan en pié la mayor parte de los antiguos embarazos, teniendo que sufrir los litigantes las demoras i superfluidades de esta clase de tramitacion i la triste expectativa de que el juez no sepa desenredar el confuso fárrago de sus providencias, i falle al cabo por un pequeño incidente de que no se hizo gran caudal en el curso del litijio i que solo tiene una relacion lejana con lo sustancial de la causa. 2.° No entrando en el arreglo de los pormenores que forman la tela del juicio, deja lo principal al arbitrio de los jueces, i expuestas a las partes a marchar sobre un suelo movedizo i sin saber adónde. Digo al arbitrio, porque, si es una verdad que nuestras leyes han contado los pasos que ha de dar el juez, tambien lo es que estas leyes son tantas, tan contradictorias i tal la variedad en las opiniones de sus comentadores, que ni el abogado mas sabio puede saber con seguridad cuál será la tramitacion que se dé a una causa. 3.° El campo que deja abierto a la mala fe, es inmenso; un tramposo, sin ocurrir a mañas extraordinarias, i usando solamente de los recursos que le suministran las mismas leyes, puede eternizar el curso de un proceso. Seis u ocho dias en las tres notificaciones de comparecencia ante el primer conciliador; otros ocho para comparecer ante el segundo por haber recusado al primero; la misma cantidad para con el siguiente; ocho o diez en que no alcanza a despacharse la causa, ya por enfermedad de la parte o del conciliador, ya por los muchos recursos que se agolpan ante el juzgado i no pueden concluirse en un dia; veinte para reclamar del acta conciliatoria; nueve para contestar la demanda; seis de la réplica i contrarréplica; los ochenta de prueba, que se conceden siempre que se pidan dentro del debido término; cuarenta para las tachas de los testigos; doce para los alegatos de bien probado; la multitud que se gasta en las infinitas rebeldías i la sustanciacion en primera i segunda instancia de cuanto articulillo se promueve; todo esto abraza un período indefinido, que se prolonga a veces por decenas de años. No hablo de la apelacion, donde no es extraordinario que se introduzca un recurso talvez sobre un artículo insignificante, i no se decida hasta pasados muchos meses. El autor del proyecto que

vamos a analizar, parece haber tenido a la vista estos gravísimos defectos para evitarlos a toda costa. Los términos están abreviadísimos; i solo se conservan los indispensables para que el desvalido no pierda sus derechos por la actividad de su contrario. La mayor parte de los artículos se deciden verbalmente i a presencia de las partes; el auto de prueba, tan importante para la decision de la causa i que hasta ahora se encomienda a los escribanos o sus ajentes, ha de verificarse ante el mismo juez i a presencia de los interesados, quienes pueden reconvenir allí mismo a los testigos o pedirles razon de su dicho. El juez, que ahora se gobierna por atestaciones hechas de un modo oscuro i muchas veces sin tocar la cuestion principal bajo su verdadero aspecto, podrá suspender la declaracion e interrogar al testigo así sobre la pregunta de las partes, como sobre aquellos puntos que él cree capitales i conducentes a la resolucion. Puede asimismo observarlo, reparar cómo se explica, aclararle las preguntas i hacerse cargo de infinitas particularidades que influyen mas en su juicio, que las contestaciones lacónicas i enigmáticas estampadas en un papel i que nada revelan sino la astucia de la parte, la ignorancia del testigo i talvez la mala fe del receptor o ajente de la escribanía. Aun hai mas: en el proyecto, están previstas todas las ocurrencias de un litijio; i en él se disponen la manera i forma en que ha de proceder el juez. Esta prolijidad es perjudicial en una constitucion i necesaria en un código de procedimientos. La sustanciacion es lo que decide regularmente del éxito de un juicio; i si en materia tan importante no se obliga al juez a seguir un sendero conocido, si cuando ménos se piensa puede echar por el atajo, se acabó la seguridad de las partes, el menor incidente produce la misma zozobra que la causa principal.

El proyecto reune en esta parte otra gran ventaja, i es la de no separarse en lo posible de nuestra propia lejislacion. Al ver su volúmen, se creerá que sus novecientos sesenta i tres artículos son otras tantas disposiciones copiadas de códigos extranjeros, mas el que los lea con meditacion pensará de otro modo. En él, se ve depurado el fondo de nuestras leyes de todo lo relativo a

los tiempos en que se formaron, i decididas las contiendas que sobre cada uno de sus artículos han promovido nuestros autores; i cabalmente esto es de lo que mas se necesita, así en la capital, como en los otros puntos del estado, para acelerar i regularizar la administracion de justicia. Un miembro de las cortes superiores o cualquiera de los jueces letrados debe tener presentes todas las disposiciones de la *Partida* 3.ª, las del libro 4.º de *Las leyes de Castilla*, los autos acordados posteriormente por nuestras cortes de justicia, los decretos del gobierno relativos al mismo objeto i una infinidad de decisiones que muchas veces le pondrán en tortura cuando quiera fallar con acierto. La presente lei disipa esta nube de dificultades; el juez no tiene para qué perder el tiempo revolviendo su biblioteca o consultando a otros individuos de mayor experiencia i conocimientos: en los artículos del proyecto, halla indicada la marcha que debe seguir. Estos felices resultados se harán sentir mas en las provincias donde hai tan poca ilustracion i donde los jueces inferiores juzgan *ex æquo et bono* o por la direccion de un practicante de escribanía. No olvidamos que la ignorancia es grande, i que el reglamento, aunque concebido en términos bastante claros, no será entendido igualmente por todos; pero que esto se logre con algunos es ya un beneficio incalculable. Por último, divisamos, en todo el cuerpo de sus disposiciones, que el autor está íntimamente persuadido que el medio mas seguro de obtener una buena administracion de justicia es hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, sancionada en nuestra constitucion. Para ello, ha establecido que se motiven las sentencias, i ha especificado la manera de prevenir la mala conducta del juez i castigarle cuando su malicia es manifiesta. Sobre lo primero, nos reservamos hablar con particularidad cuando llegue el caso; i en órden a lo segundo, remitimos a nuestros lectores al artículo 539, i a todos los comprendidos en la seccion segunda i tercera del título 13. Por aquél, está facultado el tribunal de apelaciones para suspender de oficio al juez de primera instancia que hubiere faltado en la tramitacion a alguna lei expresa i terminante en materia grave i sustancial, i mandar se dé

cuenta motivada con testimonio de las piezas al gran canciller; o para proveer que lo decretado se ponga en noticia del procurador nacional, pasándole testimonio de las piezas correspondientes para que, si lo tiene a bien, pida lo que convenga; o finalmente, para condenar al juez en las costas causadas en los trámites anulados i que causare la reposicion del proceso, o en la multa que el mismo tribunal superior creyere justa. Por lo dispuesto en las dos secciones, se franquea a la parte agraviada el camino para obtener la reparacion de los perjuicios irrogados i el debido castigo del juez. En suma, en el proyecto se descubren los capítulos principales del reglamento que por ahora necesitamos mas.

Por esta lijera reseña de las principales ventajas del proyecto i los elojios que hacemos de él, no se crea que nos comprometemos a sostener cada una de sus disposiciones particulares. Nó: estamos persuadidos que el código mas sabio i compuesto por los jurisconsultos de mayor experiencia tendrá siempre algunas menguas i superfluidades, i el que ahora se presenta a la revision pública no puede ser excepcion de esta regla; solo hemos querido pagar al autor el tributo que tan justamente merece i alentar a los sabios del país a tomar parte en la discusion; tanto mas, cuanto creemos firmemente que, por buscar lo mejor, nos quedaremos talvez con lo malo, no llegando nunca el momento de ver organizada como corresponde la administracion de justicia.

III

La seguridad, la propiedad, el honor, todo, en fin, cuanto el hombre busca i encuentra en la sociedad estriba precisamente en la recta administracion de justicia. Son sin ella las leyes un vano simulacro; porque nada importa que existan i sean las mejores, si su mala aplicacion o inobservancia las anula, o si, para conseguir su efecto, se han de experimentar mayores males que los que obligaron a reclamar su cumplimiento.

La administracion de justicia puede ser mala i defectuosa,

no solo por la malicia, ignorancia o neglijencia de los que intervienen en ella, sino tambien por la naturaleza de las leyes que la arreglan. Si ellas son tales que no dejan los recursos convenientes para esclarecer como es debido los derechos, si ligándose a sus disposiciones los jueces no pueden tener la libertad, la detencion i el acuerdo que tanto necesitan para ejercer sus funciones, seguramente los que se ven precisados a esperar la justicia en los pleitos deben estar expuestos a los funestos resultados de la escasez de sus recursos, de la poca expedicion, tino i prudencia que son mui de temer en los que han de juzgar.

Por el contrario, si las leyes, queriendo dar demasiado ensanche a los que litigan, los proveen de muchos recursos, de términos i garantías, deberá necesariamente seguirse la dilacion de los negocios, el dispendio en innecesarios trámites, i nunca tendrán mas lugar los abusos, porque la malicia, que tiene en los pleitos su mayor cabida, se valdrá de las disposiciones que se creyeron mas justas, de las garantías que se estimaron mas racionales, para burlar la intencion misma de las leyes i para poner estorbos insuperables al buen éxito de la justicia.

Por desgracia, tenemos los mejores comprobantes de lo que acabamos de decir en los hechos que todos los dias se presentan a nuestra vista i nos hacen ver los defectos de nuestro actual sistema de procedimientos judiciales. Un nuevo reglamento de justicia debió ser, segun la intencion de los lejisladores, el que mejorase su administracion, e hiciese mas soportable la suerte de los litigantes, que, con solo serlo, se hallan en un estado verdaderamente gravoso; pues ese mismo reglamento, dado con las mejores intenciones i dirijido por los mejores principios de equidad, es el que ha empeorado nuestro sistema judicial. Baste tener presente los abusos que se han cometido i cometen con motivo de las conciliaciones, i los necesarios resultados de la facultad de recusar a que se dió tanta extension, sin duda partiendo del principio de que dura cosa es litigar ante un juez sospechoso.

Por mucho que sea el tino, por mas detencion que se ponga en

dictar las leyes que han de servir para la administracion de justicia, nunca podrá haber demasía, porque, entre los grandes negocios que pueden presentarse al lejislador, no hai uno mas delicado ni de mayor trascendencia. En cualquiera otra de las materias sobre que versa la lejislacion, no puede haber desaciertos que causen tanto perjuicio, ni que sean de tan difícil remedio. Los males que produce una disposicion desarreglada en los procedimientos judiciales, solo se sienten depues que ya está en práctica; i como entónces ya ha adquirido alguna consistencia, habiendo talvez causado hábito, como ya ha hecho gustar sus efectos a los que, por desgracia, miran principalmente en los juicios las artes de la cábala i de la intriga, tiene en ellos aquella disposicion otros tantos apoyos, que son otras tantas dificultades para remover los perjuicios que causa.

Deducimos de lo dicho que, al dictar un reglamento de justicia, no solo es necesario tener fija la atencion a lo pasado i presente, sino echar larga vista a lo por venir sin despreciar circunstancia alguna, por pequeña que sea, pues muchas veces aquello que parecia deber influir ménos, es lo que tiene mas lugar en el buen o mal resultado de las leyes, especialmente de aquéllas que se dirijen a arreglar la accion del hombre en los casos en que se reunen tantos intereses para perturbar su razon i depravar su voluntad.—Si conviene tener consideracion a las leyes preexistentes i al hábito que ellas han causado a medida de su antigüedad, si es necesario respetar la sabiduría con que fueron dictadas, no es ménos preciso desprenderse un tanto de ellas cuando lo demandan las necesidades que deben remediarse. La disposicion que, al tiempo de expedirse, fué acaso la mas a propósito, puede ahora ser, no solo inadecuada, sino tambien perjudicial; i en estos casos debe preferirse lo que, atendidas las circunstancias presentes, parezca mas conforme. Una meditacion detenida sobre la naturaleza de los actos judiciales, una reflexion seria deducida de las experiencias, i una prevision que tenga por base necesaria el verdadero conocimiento del corazon humano, esto es lo que a nuestro juicio debe emplearse para conseguir el acierto, procurando con todo cuidado huir de teorías que, aunque pintorescas, no es-

tén acreditadas por la práctica, i aun de adoptar la introduccion de usos que, si en algunas naciones surten buen efecto, pueden mui bien hacer todo lo contrario entre nosotros. No queremos, por esto, negar la entrada a toda disposicion legal por el hecho de hallarse establecida en otras partes, cuando es precisamente esta calidad la que la recomienda a nuestra vista, i debe recomendarla ante todos los hombres sensatos. Apetecemos solo que, para adoptarse, se haga un serio estudio de las calidades i circunstancias de los pueblos en que está en uso i de las nuestras, porque, sin el juicio comparativo que de este estudio debe resultar, ni puede asegurarse un buen éxito, ni otra cosa hai mas probable que el desengaño de su inadaptabilidad al tiempo de reducirse a la práctica.

Sobre las bases que hemos sentado, vamos a tomar en consideracion el proyecto de administracion de justicia hecho i presentado por el señor fiscal de la corte suprema senador don Mariano de Egaña, protestando que, al emprender este trabajo, procuramos, en cuanto está de nuestra parte, alejar toda prevencion i mirar las cosas en su verdadero punto de vista. Podemos desde ahora anticipar a nuestros lectores el juicio que hacemos de esta obra. En ella, vemos recapitulado lo mas importante que han dispuesto nuestras leyes sobre procedimientos judiciales; vemos introducidas algunas instituciones nuevas, que en su mayor parte creemos adecuadas a nuestras necesidades i adaptables a nuestras circunstancias, segun demostraremos cuando lleguemos a ocuparnos de ellas; i observamos buen órden i arreglo en la colocacion de los títulos i de las materias sujetas al reglamento. Sin embargo, como no es dado a todos tener un mismo modo de ver las cosas, no dejan de ofrecérsenos algunos reparos, que iremos proponiendo por el órden de los mismos títulos i parágrafos. Daremos al público las razones en que nuestras opiniones se fundan, i las personas ilustradas decidirán, si no a favor de nuestro propósito, con el acierto que es seguro cuando las materias se analizan por principios.

Comenzando la lectura del título 1.° del expresado reglato, hallamos que los juicios no pueden tener mas que dos ins-

tancias, segun el artículo 1.°; i conforme al 2.°, que la sentencia pronunciada en la segunda instancia produce cosa juzgada. Este es el órden que actualmente se observa en nuestros procedimientos, segun el reglamento vijente; pero ese órden, en el modo absoluto con que se presenta en el proyecto, parece tener inconvenientes de no pequeña consideracion i que no es dable dejar de exponer.

Si las sentencias pronunciadas en ambas instancias son conformes, sería desde luego justamente inadmisible todo otro recurso, i regularmente no produciria otro fruto que la excesiva demora en los juicios, mal que, segun hemos dicho, es preciso evitar en cuanto deje salva la justicia de los litigantes, la que nunca puede quedar mas satisfecha que despues de haber recaído sobre un mismo negocio dos decisiones conformes en distintas instancias. Pero, cuando la segunda sentencia es revocatoria de la primera, no hallamos que pueda haber igual satisfaccion, especialmente si atendemos a que el juez que instruyó el proceso debe suponerse con los mejores conocimientos de los hechos, con mas tiempo para haber meditado sobre el derecho que debia aplicarles, i con una responsabilidad mas fuerte que la de los jueces de la segunda instancia, si es que de ella ha de conocerse en tribunales colejiados. El que ha llegado a obtener en la primera instancia, tiene un derecho fundado en la misma sentencia, i es cosa dura, que por otra sola haya de perderlo. Parece, por todo, que en este caso de disconformidad debia dejarse un tercer recurso. El de súplica, conocido en nuestras antiguas leyes, i reducido a la revision del proceso por los mismos jueces de segunda instancia, en cierto modo parecia ocurrir a remediar los males que la falta de consideracion o de exposicion de las razones mas favorables al perdido pudiese haber causado; pero, si se reflexiona que los majistrados deben prestar toda la atencion que necesita un fallo para su arreglo, sean cuales fueren las circunstancias; si se atiende a que en dos instancias difícilmente pueden omitirse aun las razones ménos principales en que las partes fundan su intencion; sobre todo, si es cierto que con dificultad se varían las opiniones una vez concebidas, es preciso confesar que el recurso

de súplica no es ciertamente el remedio adaptable para el caso de que nos ocupamos; i que ofreciendo mui pocas o ningunas ventajas al perdido, solo ocasionaria infructuosas demoras.

No pudiendo, pues, adoptarse el recurso de súplica, ni debiendo proporcionar mayor esclarecimiento en los hechos despues del que ofrecen los trámites adoptados con ventajas en el nuevo proyecto, es preciso conformarnos con las dos instancias i con que la segunda sentencia produzca cosa juzgada; pero es necesario dejar a esto una excepcion, que no es posible desatender. A pesar de que las instituciones sean las mejores, puede abusarse de ellas; i así como puede en la primera i segunda instancia faltarse a un trámite sustancial i cometerse una nulidad a que se deja un recurso, puede tambien en una i otra sentencia infrinjirse manifiestamente una lei, i causarse una injusticia notoria. ¿Por qué, para este caso, se ha de negar un recurso? ¿por qué el que obtuvo con esa injusticia ha de llevar el fruto de la victoria, i por qué al perdido se le ha de dejar solo la accion talvez estéril de repetir contra los jueces que mal fallaron? No parece que esto está en consonancia con la razon ni con la justicia, cuyo atributo es dar a cada uno lo que es suyo.

Somos, por tanto, de sentir que, para el caso designado, debe dejarse el recurso conocido en nuestras antiguas leyes con el nombre de *notoria injusticia*. Como este recurso está limitado a la sola revision del proceso por el tribunal que designe la lei, no puede causar mayor dispendio de tiempo. Si se teme que se hagan abusos en él, como los que hemos visto en los recursos de nulidad designados en el actual reglamento, la lei tiene arbitrios para impedir esos abusos; establézcase, como debe hacerse, una pena pecuniaria que deba afianzarse al tiempo de introducir el recurso i ceder a beneficio del tesoro público si la notoria injusticia no se declara; llévese a efecto la responsabilidad del juez si se declara la injusticia, sin qne en esto pueda haber la menor induljencia, i se verá cuán pocos son los recursos que se ofrecen. Creemos justamente que, adoptándose en el reglamento el recurso insinuado, se da la mayor garantía a los litigantes; porque, al mismo tiempo que

se les deja un camino para reparar sus justos agravios, se prepara a los jueces una residencia parcial de sus decisiones desarregladas, cuyo temor debe necesariamente contribuir mucho al cuidado que tengan en expedirlas.

Acaso se nos proponga el inconveniente de que, para admitir el recurso indicado, será necesario aumentar tribunales; pero nosotros creemos que él puede subsistir, no solo no aumentándose, sino disminuyéndose el número de jueces que tenemos en el dia. Cuando nos ocupemos de la parte del reglamento, cuyo proyecto aun no ha visto el público, que debe establecer las autoridades destinadas a administrar justicia, entónces sostendremos la utilidad i necesidad de que, tanto de la primera como de la segunda instancia, se conozca en juzgados unipersonales, de cuya conveniencia ya se ha tratado de un modo victorioso en otros números de este periódico; sostendremos tambien que en cada provincia debe haber un juzgado de apelaciones; i en todo el estado solo un tribunal, que no pueda pasar de cinco individuos de conocida probidad i sabiduría, a quien se encargue el conocimiento de los recursos de notoria injusticia i de las nulidades que se deduzcan en último caso. Miéntras llega el tiempo de esa demostracion, rogamos a nuestros lectores tengan mui presente lo dicho en los números citados, pues creemos que con ellos tendrán lo bastante para convenir con nosotros en las ventajas de los nuevos juzgados de apelacion que les indicamos, i en la sencilla expedicion que tendrán por este medio los recursos que proponemos.

IV

Continuando nuestras observaciones, encontramos tan llana la disposicion del artículo 2.°, que aun nos parece innecesaria, porque, resistiendo las leyes en ciertos juicios la segunda instancia, no habiendo arbitrio para intentarla, ni esperar en ella otra resolucion, debe necesariamente producir ejecutoria la primera. Si se suprimiese, pues, este artículo, no haria la menor falta en el reglamento proyectado.

Establece el 3.° el recurso de nulidad de las sentencias pronunciadas con falta de trámites sustanciales o con notoria incompetencia, *para el preciso efecto de que el juzgado superior a quien se recurre haga reponer el proceso devolviendo su conocimiento a otro juez distinto del que falló nulamente, i disponga se haga efectiva la responsabilidad de éste*. Concebido en tales términos el artículo, nada parece mas arreglado i conforme a la naturaleza misma del recurso que se concede, pues todo lo que no sea esto, es mas bien hacer en cierto modo una subsanacion de la nulidad, para lo cual no creemos que puedan las leyes autorizar a los majistrados superiores.

Los trámites esenciales de un juicio, como inherentes a su naturaleza, son los que constituyen la verdadera garantía de los litigantes, que, como con cierto pacto, se someten a las decisiones judiciales bajo la calidad de que se observen los requisitos previos que las leyes han estimado convenientes i justos. Faltando, pues, estos requisitos, falta el juicio legal, que, anulándose, no puede producir efecto alguno. Por lo mismo, es necesario que el juicio vuelva precisamente al estado en que se hallaba cuando dejó de ser; i si esto no sucede, las partes se privan de una de las instancias que les son concedidas.

Si lo dicho es tan claro, no comprendemos en qué se fundó la decision de la parte 8.ª, artículo 54, título 7.° del reglamento que nos rije, cuando dispuso que el juez superior retuviese el proceso en el caso de declarar la nulidad. Protestando todo nuestro respeto a esa decision legal, nos parece hallar en ella cierta contradiccion, cuando ordena la retencion del juez superior en el caso dicho, al mismo tiempo que le da el conocimiento de la nulidad para el efecto de reponer el proceso; porque no podemos concebir cómo hai reposicion, cuando no se vuelve a la primera instancia que fué nula, i cuando concluye el juicio con la sola sentencia del tribunal que declarando la nulidad retuvo.

Si nos ocurren las dificultades propuestas respecto de la decision del actual reglamento, nos las presenta todavía ma-

yores la práctica que vemos observar en estos recursos, en que las nulidades se declaran por esta sola i sencilla fórmula, *hai nulidad*, sin expresar el defecto que la produce. Procedimiento es este, que, léjos de encontrarse apoyado en el reglamento, nos parece contrario al espíritu de la parte del artículo 54, que ya hemos citado; porque, si el efecto del recurso que nos ocupa es precisamente la reposicion del proceso, no encontramos cómo pueda tener lugar, si no se expresa la falta que la motiva. Tanto mas nos confirmamos en este pensamiento, cuanto vemos en no pocos casos que, declarada esa nulidad sin expresion alguna, se procede acaso sin mas trámites que una simple audiencia de las partes a la resolucion que el tribunal superior estima justa. Veneramos, como es debido, las luces i probidad de nuestros majistrados, i estamos ciertos de que los fallos que hayan recaído en los casos dichos, habrán sido los mas conformes a los derechos de los litigantes; pero, cuando sabemos que no puede haber nulidad sin defecto de trámite sustancial, cuando la miramos declarada en los juicios i cuando observamos que sin reponerse trámite alguno se procede a la resolucion del litijio, no sabemos qué pensar; siendo cierto que si la sentencia declarada nula adoleció de vicios por falta de trámites sustanciales, miéntras subsista esa falta, debe tambien la nulidad subsistir, sin que pueda subsanarse por otras sentencias, sea cual fuere el fondo de su justicia, o la jerarquía del tribunal que procede.

Prescindiendo de lo dicho, es preciso desde ahora sentar la base en que han de apoyarse muchas de nuestras observaciones. Como los juicios son públicos, nada debe haber en ellos misterioso; i el litigante, ganando o perdiendo, debe saber las razones en que ha estribado el fallo que ha obtenido en pro o en contra; nada hai tan conforme a la justicia i a la equidad, nada tan ligado a la razon, que es la única capaz de hacer formar a los hombres el justo concepto que deben tener de los majistrados, i de aquietarlos cuando ven frustradas sus pretensiones. Si ello es así, ¿por qué la declaracion de una nulidad, que importa tanto como la revocacion de todo lo hecho en un proceso, se ha de librar a las solas dos palabras ya dichas, sin designar

los defectos que la causan? De este modo, no extrañamos que los litigantes cuya razon regularmente está oscurecida con el interes del pleito, busquen i no encuentren las nulidades que ven declaradas, i formen quejas de los tribunales; lo que ciertamente no sucederia, si, indicada la falta del trámite, se mandase segun ella reponer el proceso.

Se nos ocurren tantas razones en favor del artículo que nos ocupa, i en demostracion de las mejoras que demandan nuestras instituciones i nuestra práctica sobre nulidades, que, si hubiéramos de exponerlas en este lugar, nos haríamos demasiado difusos en una materia, que a poco que se la considere, ministra cuanta elucidacion puede apetecerse. Nos limitaremos, por tanto, a decir algo mas en órden a la responsabilidad del juez que falló nulamente, la cual se manda hacer efectiva por el mismo artículo.

Conocida la importancia de la ritualidad esencial de los juicios, sabiéndose que la falta de ella los reduce a la nada, los perjuicios consiguientes a esa falta no pueden ser mayores ni mas dignos de repararse; así como los defectos que los causan, no pueden proceder, sino de la malicia, de la ignorancia o neglijencia de los jueces, que deben ser por su oficio el ejemplo de la probidad, del estudio de sus obligaciones i de la dilijencia en cumplirlas; porque de otra suerte ellos serian una de las cargas mas pesadas para la sociedad. Nada hai por eso mas justo, nada mas preciso, que imponerles un castigo correspondiente a su culpa, i hacer por este medio que, sobre los nobles estímulos que tiene el majistrado para proceder con arreglo, tenga tambien el temor de que sus procedimientos poco arreglados hayan de acarrearse necesariamente penas proporcionadas a la culpa i al grado de su responsabilidad. No recordamos, entre tantas nulidades como hemos visto declaradas por nuestros tribunales despues del reglamento vijente, que la responsabilidad se haya hecho efectiva. Puede ser que lo haya sido en muchos casos que ignoremos; pero podemos asegurar que, si hubiera tenido lugar en todos, las nulidades habrian sido en menor número, como lo serán indudablemente cuando, como esperamos, se sancione el artículo 3.°, i sancionado, tenga su mas puntual cumplimiento.

Entre tanto, ya que no es dado a los tribunales superiores dejar de retener los procesos en cuyas sentencias se encuentran nulidades, creemos que harian conocido servicio, si desde luego adoptasen en sus procedimientos la expresion de la causa de la nulidad, i el hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, pues estas dos solas circunstancias causarian mejoras inapreciables en nuestro sistema judicial, i prepararian la marcha legal i franca que debe seguirse, si se adoptan los principios que verdaderamente constituyen una 'administracion de justicia perfecta, en cuanto lo permita nuestra situacion.

Los artículos 4.°, 5.° i 6.° del título 1.° están por sí bastante esclarecidos, para que nos detengamos en manifestar las razones de nuestra aprobacion. Habíamos meditado hacer algunas observaciones sobre el contenido de los artículos que se comprenden desde el número 7 hasta el fin del título 1.°; pero de este trabajo nos ha ahorrado la persona que nos ha favorecido con la comunicacion que vamos a insertar relativa a los mismos artículos. Somos en todo de su opinion, i conocemos demasiado nuestras luces para creer que podríamos añadir el menor rasgo que ilustrase los sólidos convencimientos con que aquélla ha sido ilustrada. Reproducimos, pues, su contexto, dando por concluidas nuestras observaciones al título primero del proyecto, para encargarnos del segundo, cuya materia es el «fuero competente en los juicios.»

Señores editores de *El Araucano:*

Valiéndome de la invitacion que ustedes hicieron a sus lectores en su número 280, me tomo la libertad de someter a su juicio i al del público algunas observaciones que me ha sujerido la lectura de la primera parte del «Proyecto de lei de administracion de justicia i organizacion de tribunales» dado a luz por el señor fiscal de la corte suprema don Mariano de Egaña. Suscribo en un todo a los elojios que ustedes han dado a esta recomendable obra, en que, a la par del saber, resplandece tanto aquella sólida i juiciosa liberalidad que busca lo útil i práctico i no aspira a perfecciones ideales. Así es que solo me atrevo a presentar mis observaciones en el tono de quien pre-

gunta con el objeto de que se disipen sus dudas o se rectifiquen sus errores. Ni la meditacion que he podido dar a la materia, ni mis conocimientos en ella, me autorizan a proponerlas de otro modo. Los intelijentes les darán el valor que merezcan.

No pretendo sujetarme a órden alguno, sino exponer mis ideas a medida que me vayan ocurriendo. En esta carta, me limito a los artículos 7 hasta 13, que tratan de la cuantía de los pleitos.

La clasificacion de las causas por su cuantía, segun aparece en el proyecto, me parece algo complicada i confusa. Si son pleitos de mínima cuantía aquellos en que *la suma demandada, o el valor de la especie o de la reparacion que se pide, no excede de ciento cincuenta pesos*, i de menor cuantía *aquellos en que dicha suma o valor no excede de quinientos pesos*, resulta que en esta segunda clase está comprendida la primera, i que, ateniéndonos al rigor de las definiciones, la mínima cuantía deberá mirarse como una especie o seccion particular de la menor cuantía; de lo cual se deducirá que todo lo que se diga de los pleitos de esta segunda clase, es extensivo a la primera. Pero no parece ser esta la intencion del autor, porque en el artículo 13 se habla de las dos clases como enteramente distintas, i lo mismo se supone en los 46, 47, 501, 502 i otros varios. Hai aquí un lijero descuido de redaccion, de aquéllos

Quos humana parum cavit natura...

Pero no deja de ser importante notar aun esta especie de inexactitudes, que en nada rebajan el mérito de una obra larga i difícil, i que, pasadas por alto cuando se trate de dar al proyecto la forma de lei, podrian luego ocasionar mucha perplejidad en la práctica.

Parece, pues, que, segun el espíritu (no la letra) del proyecto, son causas de menor cuantía aquellas en que el valor demandado excede de 150 pesos i no pasa de 500. Mas estas dos clases se hallan luego virtualmente subdivididas. Las de menor cuantía que no pasan de 200 pesos, se terminan necesariamente en la primera instancia, segun el artículo 501; i las de mínima cuantía en que el valor de la demanda es de 25





pesos o ménos, se deciden tambien de un modo mas llano i sumario, segun dispone el artículo 830. ¿No están demasiado multiplicadas estas graduaciones? I en las leyes cuya ejecucion debe encomendarse a la ínfima jerarquía de los funcionarios judiciales, ¿no son mas necesarias que en las otras la jeneralidad i simplicidad, de manera que puedan fácilmente comprenderse i recordarse? En la determinacion de estos límites, hai algo de arbitrario; i no es fácil encontrar una razon para que en las causas en que el valor disputado pasa de 150 pesos sin exceder de 200 no pueda apelarse, i en las que pasan de esta última suma, se conceda al litigante la segunda instancia. A mi corto entender, valiera mas concederla en todos los pleitos de menor cuantía. En materia de leyes i de reglamentos, no se debe dar cabida a excepciones que no estén fundadas en consideraciones de una fuerza irresistible.

Pero lo que yo encuentro o mas difícil de comprender o mas expuesto a inconvenientes graves, es el modo de determinar la cuantía. El proyecto previene (artículo 12) que «el conciliador, en los pleitos que no están sujetos a conciliacion o en que ésta por cualquier motivo no tuviese efecto, el juez ante quien se interpusiese la demanda, es a quien corresponde declarar, *segun el cálculo que forme*, si la demanda le compete o nó con arreglo a la cuantía del pleito.» I el 13 dispone que «no pudiendo muchas veces ser exacto el cálculo que se haga para determinar la cuantía del pleito, se tendrá entendido por regla jeneral que, en todos los casos en que la lei señala cantidad determinada, ya sea para la competencia del pleito, ya para que tenga lugar la apelacion u otro recurso, ya para que se proceda inmediatamente a la ejecucion de la sentencia, no obstante la apelacion, es legal i válido el cálculo del juez, aun cuando exceda de la cantidad señalada por la lei en una cuarta parte, si el pleito es de mínima cuantía, o en una sexta si es de menor cuantía.» ¿Es posible fijar en todos casos, aun aproximativamente, el valor de lo que se litiga? ¿No sucede muchas veces que la lítis es por su naturaleza inestimable, o que, por lo ménos, no es susceptible de apreciacion, sino cuando la causa se halla en estado de sentencia? Se pide la reparacion de una

injuria: para apreciarla, es necesario conocer todos los pormenores del hecho, todos sus antecedentes, todas las circunstancias que lo atenúan o lo agravan. Se pide una herencia: no será posible al juez apreciar la demanda sin informarse algo menudamente del valor de los efectos hereditarios i de las deudas i cargas a que están afectos; la herencia podrá valer mucho o mui poco, talvez nada. Lo peor es que un maravedí de error en la valuacion bastará en muchos casos para viciar de nulidad el juicio por la incompetencia del juez o la omision de trámites esenciales; pues aunque en el artículo 13 se previene que será válido el cálculo del juez, aun cuando exceda del límite legal en una cuarta o sexta parte, esto, a mi ver, no hace mas que trasportar la dificultad de un punto a otro de la escala. Por ejemplo, hai ciertos trámites que no son necesarios en los pleitos de menor cuantía. El error del juez no será de consecuencia, si se reduce a estimar en 500 pesos una demanda que monta en realidad a 580. Pero, si resulta que el objeto litijioso vale 583 pesos, se habrán omitido trámites esenciales i será nulo lo obrado.

Estos inconvenientes parecen inevitables en toda clasificacion de las causas por su cuantía, siempre que se cometa la estimacion de la lítis al juez, como lo ha hecho el autor del proyecto. La verdadera cuantía de la lítis, a lo que yo entiendo, no es el valor efectivo de la demanda, sino su valor nominal; es lo que se pide, no lo que se debe. Si yo demando mil pesos como remuneracion de un trabajo o como saldo de una cuenta, la cuantía de la lítis será verdaderamente de mil pesos, aunque en realidad no se me deban cincuenta. No parece, pues, haber razon alguna para encomendar al juez un cálculo en que pueden intervenir mil causas de error, i que le pondrá muchas veces en perplejidades i ocasionará demoras dispendiosas. Estése al valor de la demanda declarada por el actor, i la aplicacion de la lei no admitirá dificultad ni embarazo alguno. Tal fué la regla del derecho civil: Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur, *(lex 19, D. de jurisdictione)*. Los franceses han retenido este principio de

la jurisprudencia romana, al cual me parece tambien conformarse nuestro reglamento de justicia de 1821.

K. X.

V

Vamos a tomar en consideracion el título 2.° del proyecto que nos ocupa i a tratar del fuero, o juzgado o tribunal en que conviene a cada uno ejercitar las acciones i oponer las excepciones que le competan en los juicios. Materia es esta ciertamente de las mas interesantes, porque, sin la lejítima autoridad, ni hai juez ni valor alguno en cuantos actos se practiquen para el esclarecimiento de los derechos. Nada, por tanto, debe mirarse con mas cuidado por los lejisladores, nada esclarecerse mas en las leyes, que cuanto mira a determinar la competencia del juez que ha de conocer de las causas; pero, al mismo tiempo, nada hai en que mas deba emplearse la circunspeccion, ni entrar con mas cuidado la política, que en el establecimiento i conservacion de las respectivas jurisdicciones, i en demarcar de tal modo sus términos, que ni causen perjuicio a las personas, ni se embaracen en sus mismos procedimientos. Nada tampoco hai en que mas deba ejercitarse la rectitud de la justicia, para no prodigar privilejios que causen una verdadera desigualdad ante la lei, cuya balanza debe estar puesta de tal modo, que, entrando en ella los mismos privilejios, no tengan mas las personas o las cosas privilejiadas que tienen las que no lo son, para que sobre todas se administre la justicia, que no puede ser sino una.

Tocamos en una materia en que encontramos opiniones que pecan por exceso en contradiccion de otras que pecan por defecto. Quieren unos aumentar hasta lo sumo los fueros respecto de las personas i de las cosas; i éstos jamas podrán realizar su sistema sin la multiplicidad de juzgados, que siempre es embarazosa i perjudicial a toda buena administracion. Ménos podrán evitar los conflictos jurisdiccionales, ni dejar de proporcionar continuos flancos por donde dirija sus embates la malicia, con cuyas sutilezas es preciso contar en todo. Los segundos, queriendo reducir los juicios, sean cuales fueren, i las

personas que en ellos intervienen, a un solo fuero, no podrán evitar los necesarios entorpecimientos que deberá tener el jiro de los negocios por la poca exactitud con que precisamente habrá de procederse en muchos de ellos; i sobre todo causarán una confusion de no pequeña trascendencia en un estado que, debiendo componerse de distintas clases, las cuales son inevitables, debe tambien tener juzgados distintos, por los cuales, en medio de la desigualdad de las condiciones, haga relucir la igualdad de la lei. En el sentido que hablamos, no consideramos influjo alguno en los privilejios para poder mejorar la condicion de los unos, empeorando la de los otros: procuraremos hacer que se comprenda mejor lo que acabamos de decir, discurriendo sobre cada uno de los artículos que tenemos entre manos.

Estableciendo el artículo 14 que *no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas, sin otras excepciones que las que expresamente establece la presente lei*, pone el artículo 15, como la primera de esas excepciones, la de que *los eclesiásticos continuarán gozando de fuero particular en los términos que previenen las leyes actuales o previnieren en adelante i con la excepcion que establece el artículo 16*, cuyo tenor es: *el fuero de los eclesiásticos es puramente pasivo*. En efecto, nuestras leyes, conformes con lo que desde la antigüedad mas remota está dispuesto, han conservado i conservan el fuero eclesiástico, por cuya virtud los eclesiásticos deben ser demandados en todos los juicios civiles o criminales, salvos los casos exceptuados en las mismas leyes, ante sus jueces propios, que son los obispos, sus vicarios jenerales i otros designados por derecho. Ni se trata ahora de fundar la justicia de este fuero, ni de demostrar la conveniencia que él ofrece al órden público, sobre cuyos particualares podria decirse mucho, que, al mismo tiempo que quitase el que necesitamos para ocuparnos de otros particulares que ofrezcan mas dudas, no sería propio de este papel. Solo nos parece necesario decir que, subsistiendo el fuero eclesiástico conforme a las leyes actuales, no encontramos en ellas que en caso alguno los eclesiásticos gocen de fuero atractivo, que

consiste en obligar al demandado a que litigue precisamente en el fuero del demandante; i bajo este supuesto nos parece inadmisible el artículo 16, pues hace una declaracion absolutamente innecesaria, despues que el artículo precedente ha dicho cuanto puede decirse sobre el particular.

El artículo 17 nos obliga a proceder con mayor detencion, porque no podemos convenir con la novedad que en él observamos. Estableciendo el fuero militar para que continúen gozándolo los individuos del ejército permanente de mar i tierra i las milicias del modo que les señala la respectiva ordenanza, lo limita a las causas que versen sobre delitos militares; *pero queda abolido el fuero militar en todas las causas civiles, i en todas las criminales que se formaren para la averiguacion i castigo de los delitos comunes.* Esta restriccion es la que no se conforma con nuestro modo de pensar: daremos las razones en que se funda, i nuestros lectores decidirán.

Cuando las leyes vijentes concedieron el fuero particular a los militares en las causas que ahora se exceptúan no carecieron de fundamentos, que, a nuestro modo de ver, son de mucho peso. Los militares, si bien son ciudadanos que corresponden a un mismo estado, i se sujetan a las mismas leyes bajo las cuales viven los demas individuos de la sociedad, tambien es cierto que forman una clase enteramente diversa en habitudes, en trabajos, i sobre todo en una obediencia tan ciega a las leyes de la milicia i a las órdenes de sus jefes, que no admite interpretaciones, i que reputa como graves los menores defectos e impone por ellos gravísimos castigos. Los militares, en la mayor parte de sus acciones, no tienen voluntad propia; i lo que es mas, cuasi todas sus relaciones civiles están íntimamente ligadas con las militares. Esto supuesto, nada nos parece tan justo como que ciudadanos tan estrictamente ligados al rigor necesario para la conservacion de la milicia, no reconozcan otra dependencia que la de los jefes cuyas órdenes deben obedecer con respecto a aquélla.

Pesemos las cosas en la verdadera balanza de la justicia; entremos en el fondo de la materia, i no nos dejemos llevar del brillo de las teorías. Este es un principio de derecho: *aque-*

llo debe hacerse que a uno aprovecha i a otro no daña, i aquello debe evitarse que a uno daña i a otro no aprovecha; segun él, vamos a considerar a los militares con respecto al fuero. Ya hemos visto que el militar pertenece a la clase acaso mas penosa de la sociedad, porque con dificultad se encuentra una profesion mas estrecha que la suya; por ella, tiene esa dependencia de sus jefes que poco ántes dijimos, dependencia de la cual son pocas las acciones que se excluyen. Despues de esto, sujetar a ese mismo militar a otra dependencia, cual es la de los jueces civiles en los casos exceptuados, ¿no es añadir un verdadero gravámen a su condicion? ¿no es ponerle de peor suerte que el adversario con quien litiga en un juicio civil, si éste, como sucederá las mas veces, no es militar? ¿no es ademas distraerle en cierto modo de la obediencia, del respeto, de la absoluta sumision que debe a los jefes de la milicia? ¿no es ponerle entorpecimiento en los pasos que le demanda un litijio, dividir su atencion entre la autoridad militar de que tanto depende, i entre la autoridad civil a que se consigna el éxito de un negocio que le interesa? ¿quién no ve las ventajas de un adversario libre de toda otra sujecion, i que puede estar a todas horas con el juez, con el escribano i demas ministros que entienden en su causa, en contraposicion de otro que se ve necesitado a emplear dias, semanas i aun meses en el trato solo de sus superiores militares, porque así lo demanda el servicio a que está ligado? Si conocemos cuánto influjo tiene la dilijencia en el buen éxito de los negocios, si advertimos que la menor ocasion perdida o aprovechada trae males irreparables o bienes infalibles, debemos precisamente conocer que el militar sacado a litigar en el fuero civil se perjudica haciéndose de peor condicion; i si su adversario nada aprovecha, ¿por qué razon hemos de restrinjir el fuero?

Para graduar el provecho que puede tener el adversario de un militar en litigar en el fuero comun, no debemos ciertamente atender a las ventajas que hemos insinuado i que ponen al militar de peor condicion, porque entrar esas ventajas en el cálculo, sería lo mas extraño a la razon i la iniquidad mas reprobada. Solo debemos comparar los juicios seguidos

ante la autoridad militar subsistiendo el fuero como se halla en el dia, i ante la autoridad civil, conforme lo establece el proyecto. Suponemos que en uno i otro se observen las mismas leyes, porque otras no pueden tener lugar; suponemos que se guardan i deben guardarse los mismos trámites, i tenemos presente que, aunque el jefe militar no sea letrado, ha de proceder con el consejo de un auditor o de un asesor profesores del derecho; i bajo estas suposiciones, no encontramos en el adversario del militar un particular provecho en dejar el fuero de éste i litigar con él en el fuero comun; i estando esclarecido que en esto el militar encuentra un gravámen seguro, i puede encontrar un daño, no se nos ocurre por qué principio de justicia se pretende privarle de un fuero que se le concedió para hacerle ménos penosa su importante e ilustre carrera.

Puede creerse que el espíritu de llevar adelante nuestro propósito nos ha hecho exajerar la condicion del militar obligado a seguir un litijio ante los jueces comunes; pero, si se atiende a que él debe preferir ante todas las cosas las ocupaciones de la milicia, se verá que mal podrá asistir a la vista de su causa el dia señalado por el juez, a presenciar el juramento de los testigos de su contrario i a otros actos que en el juicio exijen la presencia de la parte, si se halla ocupado en guardia, en revista o en otros tantos destinos inseparables del ejercicio de las armas. El mismo juez civil podrá verse muchas veces burlado mandando comparecer al militar para absolver unas posiciones, para hacer un reconocimiento o para otras cosas, al mismo tiempo que sus jefes han dispuesto de su persona. Si todo esto es innegable, es cierto tambien que los inconvenientes expuestos i otros semejantes cesan subsistiendo el actual órden de cosas, i permaneciendo la administracion de justicia en los mismos de quienes proceden las providencias militares, i que pueden guardar el órden oportuno para que ni por los juicios, ni por los negocios se atrase el servicio, ni aquéllos se demoren por la debida preferencia a éste.

Hemos mirado hasta aquí la cuestion solo por el lado de la justicia; i si no nos engañamos, hemos demostrado que, solo

guardándose el fuero militar como hoi se observa, puede conservarse la verdadera igualdad ante la lei, porque de lo contrario la balanza se inclina en favor del adversario del militar. Vamos ahora a examinarla por el lado de la conveniencia pública, ante la cual deben cesar todas las razones.

Nada interesa mas a la mejor administracion de justicia que la brevedad en el despacho de los negocios; i nunca serán éstos mas brevemente conducidos, que cuando, despues de allanados por las leyes en lo posible los estorbos que opone a la celeridad del despacho el recargo de inoficiosos trámites, de términos indebidos i fórmulas inútiles, su número es menor, i la atencion de los jueces se reparte ménos. ¿Quién no ve cuánta carga se agrega a los juzgados comunes conociendo de las causas que hoi conocen los juzgados militares? Si esa carga se conservase por no gravar al erario con la erogacion de nuevas rentas, si por no establecer nuevos juzgados, si lo que es mas por remover a las partes perjuicios procedentes del actual sistema de administracion, ya podria sufrirse, que cargados los juzgados civiles con las nuevas atenciones que les da el artículo que nos ocupa, quitasen una parte del tiempo a los negocios que en el dia están en la esfera de sus atribuciones. Pero, cuando ninguna de aquellas cosas se sigue, como es notorio i hemos mostrado, ¿cuál es la conveniencia pública que se quiere evitar con la novedad que impugnamos?

Hasta aquí, como habrán comprendido nuestros lectores, solo ha estado fija nuestra consideracion en juicios civiles seguidos entre partes; i convirtiéndola ahora a los criminales por delitos comunes, ya de oficio, ya a instancia i pedimento de parte, encontramos mayores i mas poderosas razones para que ellos se conserven en los mismos términos que existen, segun la ordenanza i posteriores disposiciones. Poco necesitamos para que se conozca el arreglo de nuestro modo de opinar en esta parte. Quien se haga cargo del modo de enjuiciar criminalmente por los juzgados militares, i del que se observa en los civiles; quien mire el establecimiento de las penas por esos delitos comunes segun la ordenanza, i la imposicion de esas mismas penas por las leyes jenerales, no necesita mas

para convencerse de que la causa pública gana de un modo indecible siguiéndose los juicios de que tratamos por el sistema militar. En efecto, los trámites de un proceso ajustado a ordenanza tienen una perfeccion incomparable respecto de los procesos comunes. ¡Qué exactitud i dilijencia para esclarecer el cuerpo del delito! ¡qué cuidado para sentar en el proceso las menores circunstancias de la causa! ¡qué órden, qué esmero en el exámen de los testigos i en hacer efectivas las citas que resultan de sus deposiciones! ¡qué economía en los términos, qué conviccion la que jeneralmente resulta de los careos, los cuales solo en ciertos casos se dan en los juzgados comunes! Sobre todo, ¡qué precision en la aplicacion de la pena, tan distante de la arbitrariedad, que a las veces es imposible quitar a nuestros juzgados criminales! i ¡qué prontitud en la ejecucion de las resoluciones! Al mirar estas ventajas, no habrá quien deje de decidirse por ellas, i conocer cuánto gana el público haciéndose efectivas las penas de los delitos por el sistema militar.

Se nos dirá que puede adoptarse igual sistema para los demas juzgados i tribunales, i acaso mejorarse. No lo negamos; pero, ¿cuándo llegarémos a verificar esa uniformidad o esa mejora? ¿Cuándo formarémos un código penal arreglado i preciso? ¿Cuándo lograremos la difícil victoria de las habitudes, i lo que es más, de las preocupaciones? Si hemos de responder a estas preguntas con nuestro íntimo convencimiento, diremos: que vemos mui distante el tiempo en que consigamos esos bienes; porque, para lograrlos, no bastan las luces, no basta la voluntad de los lejisladores, no el ejemplo de otras naciones cuyas circunstancias son acaso mui diversas, i cuya antigüedad las ha hecho pasar por ciertas crísis que son inevitables en la vida de los estados para llegar a cierto término de perfeccion. Debe pasar tiempo; medidas parciales deben en ciertos casos ponerse en práctica; leyes deben establecer los hábitos, i esos hábitos deben dar consistencia a las leyes; i en vano será dictar catálogos de las que parecen mas perfectas, si, principiando a ejecutarlas, se tropieza con inconvenientes que opusieron las preocupaciones i las costumbres, o no ad-

vertidas, o mal apreciadas. No puede, pues, negarse la utilidad pública que resulta de que a lo ménos una gran parte de los delitos comunes se juzguen por las leyes militares, a que no podemos negar una perfeccion comparativa.

Si el amor propio no nos engaña, parece que hemos demostrado la razon de nuestra oposicion al artículo; ella, sin embargo, tiene excepciones de mucha consideracion, de las cuales nos encargamos en el número siguiente.

VI

Aunque en el número precedente dimos por concluidas las razones en que fundamos la subsistencia del fuero militar en los juicios civiles i en los criminales sobre delitos comunes, no queremos defraudar nuestro propósito de otras consideraciones que expondremos brevemente ántes de designar las limitaciones que estimamos convenientes i justas en la materia.

Si no puede negarse que sin la sumision i el respeto peligra la existencia toda del espíritu i disciplina militar, debe concederse necesariamente que el espíritu i disciplina serán mayores cuando haya mayores motivos para conservar la sumision i el respeto; i dígase lo que se quiera, no puede haber otros mayores en los militares respecto de sus jefes, que el conocimiento de estar en sus manos todo lo que en la sociedad dice relacion con los súbditos.

Otra consideracion nos ocurre no ménos poderosa. El militar entre nosotros recibe como un compensativo de sus trabajos las exenciones del fuero; i él es una de las circunstancias que le hacen mirar con aprecio su profesion, i estimar el honor que le resulta del servicio. Así es que en el fuero tiene la nacion un estímulo poderoso para que los hombres se conserven en la milicia con el gusto i entusiasmo que son tan útiles i necesarios. Es preciso no equivocarnos: ni hai muchos héroes para que pueda esperarse de ellos que obren solo por el íntimo convencimiento de la razon i del deber, ni todos son, los que dejen de hacer el mal por el miedo de los castigos. No puede, pues, librarse toda la esperanza a la rectitud ilustrada de la

milicia, ni a las penas con que ella conmina; i son necesarios otros estímulos para los ciudadanos que han de profesarla. No estimamos bastante un sueldo siempre calculado con arreglo a las precisas necesidades de los militares, i que puede ganarse con mas desahogo en otras carreras. Creemos, por tanto, que no deben despreciarse ciertas distinciones que, conduciendo tanto a aumentar los estímulos, no causan alteracion alguna en el órden político.

Las consideraciones debidas a este órden son las que principalmente nos mueven a limitar nuestra opinion en órden al fuero, porque, apesar de cuanto hemos dicho, no lo sostendríamos en manera alguna si de algun modo lo considerásemos opuesto a la buena administracion del estado; i solo podemos admitirlo, en cuanto convenga con ella. Movidos de estos principios de conveniencia, deseamos: *que, subsistiendo el fuero en toda su extension respecto de los individuos del ejército permanente, ya en tierra, ya en mar, se limite respecto de las milicias a solo el conocimiento de los delitos comunes, dejando al arbitrio del gobierno el designar cuáles sean los cuerpos de milicias que deben gozarlo.* Vamos a exponer lo que tenemos presente para opinar de este modo.

Desde luego nos ocurre que, no estando los individuos de la milicia tan ligados como los del ejército al ejercicio de su profesion, desaparecen respecto de ellos las molestias i entorpecimientos que hallamos en los del ejército si son obligados a litigar en los juzgados ordinarios, i cesa por lo mismo una de las razones que apuntamos en el número anterior. Hai otra consideracion no ménos poderosa si nos contraemos a los juicios civiles; i es que son i deben ser siempre raros los que se ofrezcan con militares, i ellos no pueden causar distraccion ni embarazo a los que deben emplearse en su conocimiento; pero por el contrario, los individuos de la milicia tienen i deben tener siempre litijios de consideracion por la naturaleza misma de los negocios en que se ocupan. Ellos deben ser muchos, porque es grande el número de los milicianos, i si todos gozasen del fuero militar, sería preciso crear juzgados militares solo para que

entendiesen en ellos, viniendo a quedar los juzgados civiles con mui pocos negocios a que dedicar sus atenciones, lo que sería ciertamente monstruoso. Es, pues, mas justo i arreglado que los ciudadanos empleados en la milicia reconozcan al juez ordinario para sus negocios civiles, supuesto que a ellos ningun perjuicio les resulta, i supuesto que, sin la creacion de los juzgados militares que hemos dicho i que es inadmisible, les causaria no pequeñas molestias el que se llevasen sus causas civiles al fuero militar.

Lo dicho no milita ciertamente en órden a los juicios criminales, porque, como ya han visto nuestros lectores, el sistema de enjuiciamiento por el sistema militar, no ménos que el sistema de penas, son preferibles a la práctica de los juzgados ordinarios i a lo establecido por las leyes jenerales; i la causa pública (es preciso repetirlo) gana juzgándose militarmente de los crímenes. Quisiéramos, por esto, que todas las milicias gozasen del fuero para los delitos comunes; pero el conocimiènto que tenemos de nuestro estado nos hace ver en esta ampliacion inconvenientes del mayor bulto, no solo previstos, sino demostrados repetidamente por la experiencia de lo que ha sucedido i sucede en el estado actual de los cuerpos cívicos.

Si no puede negarse que es conveniente elevar al fuero militar el conocimiento de los delitos comunes de los milicianos, es preciso confesar tambien que, para que se sientan los efectos favorables de este sistema, no son pocas las calidades que se requieren: una regular disciplina en los cuerpos cívicos bajo todas acepciones; un conocimiento en los jefes de la importancia de las funciones judiciales que ejercen; el consiguiente respeto al órden público i a las autoridades que lo sostienen; i sobre todo, la facilidad para que por los superiores pueda contenerse cualquier exceso en el ejercicio de la jurisdiccion militar. Circunstancias son todas que deben concurrir, para que instituciones, que, como hemos visto, son en sí benéficas no dejeneren en perjudiciales a los intereses públicos, i causen un verdadero trastorno en la sociedad. Pero es necesario reflexionar para convencerse de lo que acabamos de decir; i aun creemos que, sin necesidad de detenernos en razones, la

misma experiencia de lo que pasa entre nosotros es el mejor convencimiento.

En esta ciudad i en el puerto de Valparaíso, observamos con la mayor satisfaccion los buenos resultados de los juicios militares en los delitos de que nos ocupamos, al mismo tiempo que causa no pequeño sentimiento ver los desórdenes que ese mismo fuero ocasiona en la mayor parte de los otros departamentos. En ellos, es frecuente el desprecio de los jueces ordinarios, queriéndose hacer extensivo el fuero hasta a los casos de estricta policía. Los jefes dejan conocer en lo jeneral un espíritu de cuerpo sumamente exaltado, que produce, no solo competencias desagradables, sino muchas veces la proteccion mas decidida respecto de los súbditos, en fuerza de la cual suelen quedar los delitos impunes, sin que sea posible remediar estos males; porque la distancia de los recursos los hace impracticables o ineficaces, llegando las resoluciones siempre mas tarde de lo que convenia, i despues que de pequeños principios se han orijinado muchas veces disensiones que cada dia han ido recibiendo mas aumento.

Sin duda por estas consideraciones, en tiempo del réjimen español habia diferencia entre milicias disciplinadas i urbanas: las primeras se hallaban solo en los puntos donde se encontraba una verdadera comandancia de armas; las segundas en los partidos subalternos; aquéllas gozaban de fuero, i éstas solo cuando estaban ocupadas en el servicio; de este modo, no se notaban los excesos que en el dia son tan frecuentes. Lo dicho nos ha movido a limitar el fuero de que tratamos solo a las milicias que fueren de la eleccion del gobierno, a quien creemos deberse dejar exclusivamente la resolucion de este punto, que de ningun modo es propio de la lei, siendo así que la razon de conceder o negar el fuero pende de circunstancias que pueden i deben variar con frecuencia, segun los distintos acontecimientos. Puede relajarse la disciplina en uno o muchos cuerpos; puede llegar a su perfeccion en otros que ántes no la tuvieron; pueden las circunstáncias demandar el establecimiento de una comandancia arreglada en punto que ántes no la tenia, por ejemplo, en un puerto que principia a ser

frecuentado, en un pueblo donde convenga establecer una plaza de armas; en todos estos casos i otros semejantes, podrá el gobierno con utilidad pública emplear o restrinjir el fuero por el conocimiento que necesariamente debe tener de su importancia o disconveniencia; i nada de esto podria hacer con oportunidad la lei, a la que es preciso dar en cuanto sea compatible el carácter de perpetuidad. A mas de esto, la materia bajo el punto de vista que la tenemos presente, nos parece de pura economía i por ello propia solo de la administracion. Sanciónese por la lei el principio de que las milicias tengan el fuero militar para los delitos comunes, déjese al gobierno el designar las que deben gozarlo, i los buenos efectos serán seguros; pero querer hacerlo extensivo a todas, es perpetuar en el estado males de consecuencia, que es preciso temer miéntras que no se difunda, como corresponde, el conocimiento de las obligaciones de cada uno, i miéntras no se destierren preocupaciones i hábitos que no es dado vencer de una vez.

Nos hemos detenido mas de lo que creímos, cuando principiamos a tratar del fuero que nos ha ocupado. Talvez habremos sido molestos a nuestros lectores; pero nos disculparán, sabiendo que aun hemos omitido muchas reflexiones en obsequio de la brevedad. Procuraremos observarla en el artículo 18, por el cual se establece un fuero separado para los juicios en que fueren parte el presidente de la república, los ministros del despacho i los demas majistrados que en él se expresan.

Sin ocuparnos en este lugar de los que deben gozar ese fuero, porque esto será mas propio de la parte del proyecto en que se trate de la designacion de los juzgados i tribunales, solo nos contraeremos al principio de la administracion de un fuero para cierta clase de personas que, ocupando un lugar preeminente en la sociedad, parece que no deben llevarse a litigar en los juzgados ordinarios. Sobre este particular, las opiniones están divididas: unos creen que la admision de este fuero importa el privilejio de ciertas clases i miran en ella destruida la igualdad ante la lei; otros que no cuidan de los modos, como sean iguales los resultados, en los que creen hallarse la verdadera igualdad, no encuentran inconveniente en

el fuero, ni hallan en él un privilejio respecto de las personas que deben gozarlo, si bien encuentran una distincion justamente debida a las clases a que aquellas personas pertenecen.

Nosotros, siguiendo a los últimos, hallamos mas, i es que el establecimiento de este fuero no es tanto en favor de las personas i de las clases a quienes se termina, cuanto en beneficio de los que se ven obligados a litigar con aquéllos que por razon de su destino deben presumirse con influencia capaz de hacer temer, cuando no un abuso descarado en la administracion de la justicia, ciertas contemplaciones a lo ménos, que tan azarosas i tan perjudiciales son en los pleitos. Por esto, el juzgado o tribunal que haya de destinarse a los juicios de que tratamos debe formarse de los individuos mas calificados, cuyas luces i probidad sean correspondientes al rango que ocupen en la sociedad, el que los constituya en cierta independencia de los que han de sujetarse a sus decisiones, para que, en cuanto es dable, pueda creerse que obrarán con la firmeza que acaso no se encontraria en los jueces ordinarios, tratándose de asuntos en que fuesen interesados los mismos de quienes tengan dependencia, i por ella consideraciones de que regularmente no se prescinde, sino por almas de un temple extraordinario, i por lo mismo nada comunes.

Cuando tocamos esta materia, es preciso no olvidar que, si es absolutamente indispensable el que seamos gobernados i juzgados por hombres como nosotros, lo es tambien el que la lei establezca ciertas distinciones entre los que mandan i los que obedecen, formando de este modo i conservando cierto prestijio, en que consiste mucha parte del respeto que les es debido, i sin el cual pierde mucho el importante ejercicio de sus funciones. Desde el momento en que todos los del pueblo se miren iguales con el majistrado, sus preceptos no pueden contar con el acatamiento que corresponde; porque, sea cual fuere la sociedad, siempre son ménos los que reflexionan de un modo debido sobre la importancia de los actos gubernativos o judiciales, i los acatan porque los consideran necesarios a la conservacion del estado; la mayor parte es dirijida por el habitual respeto a la majistratura, i este respeto es siempre a medida

de las consideraciones que la leyes le dispensan. Si pudiesen encontrarse para el ejercicio del mando gubernativo o judicial seres de una jerarquía superior, i exentos de la flaqueza del hombre, serian los mejores; pero, como esto no puede ser, es preciso que la lei proceda de tal suerte, que establezca entre ellos i los demas cierta distincion, i que, sin eximirlos de su imperio, los haga parecer de una clase distinta a los ojos del pueblo; i a nuestro modo de entender, es uno de los puntos principales que en esta distincion pueda establecerse el modo de juzgar las causas de los mismos que están destinados para juzgar las de los otros, con tal que quede salva la administracion de la justicia, en que, como dijimos principiando a tratar de fueros, ni puede haber desigualdad, ni pueden admitirse privilejios.

VII

Despues que el proyecto ha clasificado los fueros personales que deben quedar subsistentes, en las ocho partes del artículo 19 establece otros tantos fueros, cuantas son las calidades en que pueden distinguirse las materias disputadas en los juicios, a saber: primera, sobre asuntos espirituales i relijiosos sometidos a los tribunales eclesiásticos; segunda, aquéllos en que fuere parte la hacienda nacional; tercera, las obligaciones i derechos procedentes de negociaciones, contratos i operaciones mercantiles; cuarta, sobre materias que requieren esencialmente conocimientos locales o exámen ocular del asunto disputado; quinta, sobre obligaciones i derechos procedentes de negocios i operaciones de minería; sexta, sobre presas marítimas i actos en alta mar; sétima, sobre materias sujetas a los tribunales domésticos que introduce; i octava, sobre los objetos sometidos al conocimiento del juez de abastos.

Convenimos en el principio de la diversidad de fueros por razon de la diferencia de las materias que se sujetan a los juicios; pero conocemos al mismo tiempo que es preciso mucho cuidado para proceder en esta parte, i no establecer multitud de autoridades, que, léjos de hacer expedita la adminis-

tracion, la hagan mas complicada i ménos efectiva. Juzgamos igualmente que el modo de proceder en los casos con arreglo a su naturaleza, no siempre debe formar una materia distinta, porque, si se admitiese esta precision, por una razon necesaria deberia haber tanta distincion de juzgados, cuanta fuese la distincion de juicios, i deberíamos tener unos jueces para los ordinarios, otros para los ejecutivos; aquéllos servirian para los de particiones, los otros para los de cuentas, i así de los demas, lo que ciertamente sería insufrible, sin que por eso dejase de ser consiguiente necesario del principio de division de fueros i juzgados, por diversidad de negocios.

Si fuese posible hacer que todos los asuntos civiles se conociesen por unos mismos juzgados, sería lo mejor; pero, como esto es absolutamente impracticable, i haria la administracion viciosa por otro extremo, es preciso que obre de tal modo la prudencia, que se hagan solo aquellas separaciones mui necesarias, i de que absolutamente no puede prescindirse.

Consideramos en esta clase todo lo perteneciente a la hacienda pública, cuyo fuero en nuestro concepto participa de personal, por cuanto en él se interesa una persona moral cual es el fisco, o mas bien tantas personas cuantas son las de los ciudadanos que deben contribuir i contribuyen a formar el erario para mantener los precisos gastos del estado. Bajo este punto de vista, es preciso no dejar de mirar el fuero de hacienda, porque, con esta sola consideracion, no deben extrañarse los privilejios fiscales, que suelen a las veces graduarse de excesivos.

El fuero de hacienda, pues, ya se considere por razon de las materias que a él se sujetan, las cuales necesitan conocimientos especiales, i son de una índole en lo jeneral distinta de las demas que se reducen a juicio, ya se mire por el sumo interes que debe haber para conservar los bienes fiscales, en que todos los de la sociedad son realmente interesados, ya en fin por la justa defensa que es preciso hacer de esos bienes contra tantos ataques que de diverso modo les dirije el interes particular, en los que siempre es el fisco de peor condicion, si no hai en su favor una proteccion decidida, el fuero de hacienda,



repetimos, bajo todos estos aspectos, es lo mas justo, i al mismo tiempo lo mas equitativo, porque, aun con todos sus privilejios, en las causas en que es parte la hacienda pública, la experiencia nos enseña que, por un pequeño descuido en sostener sus derechos, siempre se inclina la balanza en su contra. No debe, pues, extrañarse, que, interesándose la hacienda nacional, atraiga todo negocio a los juzgados i tribunales que la lei establece para juzgar de las causas que le son privativas, i que no haya persona que de ese fuero pueda eximirse; pero, sobre las excepciones personales del fuero de hacienda, trataremos en otro lugar, a que nos llama nuestro propósito, sin divertirnos ahora de las demas partes del artículo 19, a que hemos creído deber extender nuestras consideraciones.

Las materias mercantiles entre comerciantes, las obligaciones procedentes de negocios i operaciones de minería, son de aquellas clases que necesariamente demandan juzgados i tribunales distintos, no solo por los conocimientos especiales que se necesitan para el perfecto esclarecimiento de los hechos, sino tambien por el modo de proceder, que demanda la subsistencia misma del comercio i minería, tan interesantes al bien del estado; porque, es preciso convenir en que, si los asuntos pertenecientes a comerciantes i mineros se siguiesen del mismo modo que los comunes, la contraccion, la actividad i la moralidad misma de que necesitan sus individuos para sus progresos i los del público, debian padecer notable decadencia.

Si convenimos por las razones dichas en el fuero de minería i comercio, si hallamos razones todavía mayores para asentir al de presas marítimas i actos en alta mar, si creemos necesario un juzgado especial de abastos, aunque no montado sobre el pié en que lo establece el proyecto desde el artículo 850 en adelante, no vemos por qué haya de haber un fuero separado sobre materias que requieren esencialmente conocimientos locales, en los términos que expresa la parte 4.ª; pero aun hai mas, que, segun los artículos que tratan del juicio práctico desde el artículo 256 hasta el 304 inclusive, no en-

contramos qué es lo que constituye aquello que propiamente se llama fuero; pues nada mas hallamos que el modo con que debe proceder el juez ordinario en esta clase de juicios, a los que se agregan los jurados peritos para decidir la cuestion de hecho; i no vemos en esto una variacion de fuero, si es que esta palabra en su estricta i verdadera significacion no es otra cosa, que el juzgado o tribunal en que se ejercitan las acciones, se oponen las excepciones i se decide sobre unas i otras. No variándose, pues, la autoridad del juzgado por la calidad del juicio práctico, sino accidentalmente en el modo de decidir la cuestion de hecho, es claro que, aun atendido el sistema del proyecto, no hai fuero distinto para las materias que nos ocupan, si bien hai un distinto modo de proceder; así como no hai un fuero distinto para el juicio ejecutivo i el ordinario, porque sean distintas las maneras de proceder en uno i en otro.

Si no consideramos distinto fuero el procedimiento que acaba de ocuparnos, tampoco consideramos diverso el que resulta del conocimiento de las autoridades destinadas para juzgar en los negocios de mínima i menor cuantía; porque, si los fueros se dividen por las distintas jurisdicciones, no así por los distintos grados de una misma jurisdiccion. La jurisdiccion civil ordinaria es una; i ella misma se ejerce tanto por el que conoce de un negocio que no excede de 150 pesos, o de una falta lijera, o leve injuria, como por el que entiende en los asuntos de la mayor importancia. No encontramos, pues, por qué hayan de estimarse de un fuero distinto las materias que por este reglamento se sujetan a los tribunales domésticos de que tratan los artículos 837 hasta el 849 inclusive, porque en ellas no vemos sino menores negocios que deben sujetarse a los jueces del primer grado, prescindiendo, por ahora, de la calidad i forma de esos tribunales, en que vemos establecerse una novedad inadmisible en nuestro concepto, i que puede, o mas bien, debe tener consecuencias contrarias a la misma paz i armonía de las familias, que, segun parece, ha tratado de conservar con los mismos tribunales el autor del proyecto; pero de este particular nos encargaremos con la detencion que pide en lugar mas oportuno.

VIII

Estamos conformes con la mayor parte de los artículos siguientes del título 2.°; i solo respecto a algunos de ellos se nos ofrecen observaciones que son, en nuestro concepto, mui dignas de atencion. Por el artículo 22, se previene que *cuando la demanda versare sobre deslindes, direcciones, localidades, jiros de aguas, internaciones, construccion de obras nuevas, pertenencias de minas i demas materias que exijen conocimientos locales o exámen ocular del objeto disputado, deberá interponerse ante el juez del lugar donde éste existe.* Hasta aquí hemos sabido que el actor en juicios de esta naturaleza tiene derecho para demandar al reo ante el juez del domicilio donde existe la cosa que pretende, o ante el juez del propio domicilio del mismo reo; pero, por este artículo, vemos coartada esa libertad, i ceñido precisamente el actor a ejercitar su accion en el primer juzgado, sin que se nos ocurra un motivo suficiente para esta restriccion.

Consideramos haberse tenido presente que el juez del territorio donde se halla situado el punto de disputa, tiene mas a los alcances los conocimientos que ministra la localidad sobre que debe pronunciar su fallo; i si entramos mas en el espíritu del proyecto, este artículo es una preparacion para los juicios prácticos que introduce por jurados que deben pronunciar, si es posible, sobre el mismo terreno acto continuo de su reconocimiento, despues de haber hecho a los testigos las preguntas i repreguntas que hayan ocurrido a las partes, o hayan parecido oportunas a los jurados i al juez. Creemos mas, que debiendo subsistir esa nueva institucion, era necesario el artílo 22, porque, si habia de hacerse todo lo dispuesto en órden a los juicios prácticos, no otro juez que el del territorio a que pertenece la cosa disputada podia intervenir en un juicio sobre ella.

Desde luego confesamos que ese juez territorial cuya jurisdiccion prefiere exclusivamente el artículo que nos ocupa,

tiene mas motivos para instruirse de todo lo que la localidad debe influir en un arreglado pronunciamiento; pero no se nos podrá negar, i el derecho hasta ahora no lo ha desconocido, que el juez del domicilio del reo, puede tener tambien los conocimientos necesarios para juzgar con arreglo, porque, a no ser así, siglos há que se hubiera dictado una disposicion igual a la que impugnamos, i no se hubiera dejado libre la eleccion del actor para reconvenir al reo en su propio domicilio o en el territorio de la cosa.

Si, pues, el juez del propio domicilio del reo, no está imposibilitado de tener el conocimiento que necesita para juzgar, ¿por qué, repetimos, se quita al actor la libertad que hasta aquí ha tenido? ¿Será porque se lleve adelante el sistema de juicios prácticos por jurados de que poco há hicimos memoria? Esta es cabalmente en nuestro concepto la razon mas poderosa para no admitir la restriccion del artículo 22. Aunque no es llegada la oportunidad de hablar, como lo haremos con la debida extension, sobre el establecimiento de estos nuevos jurados, somos tan contrarios a semejante institucion, i encontramos tales razones para apoyarnos en nuestra opinion cada vez mas, que no podemos dejar de significarla desde ahora. ¡Miserables litigantes, si despues de las pensiones i los azares inseparables de su condicion, tuviesen al fin que poner su justicia en manos de un jurado, que al mismo tiempo que en cierto modo debilitase la reponsabilidad del juez en todo lo relativo a la cuestion de hecho, dejase la calificacion de éste en manos de hombres sacados a la suerte, que, aunque de entre los elejidos, probablemente, por no decir con seguridad, no tendrán el discernimiento que se necesita para dar a las razones el debido peso i calificar un hecho en su verdadera i lejítima acepcion. ¿Es acaso poco lo que se necesita para deducir la verdad en cuestiones sostenidas por dos partes, i apoyadas en instrumentos, declaraciones de testigos, presunciones de hecho i de derecho? ¿No es verdad que las mas veces no basta solo un talento natural para expedirse en medio de las dudas que se proponen? ¿I dónde está esa copia de hombres para que las municipalidades tengan una nómina de jurados escojidos, entre

quienes se verifique el sorteo? ¿Dónde estamos? ¿Es todo el territorio de Chile tan abundante de hombres, como la capital? ¿I qué tales han salido en ella los ensayos de jurados en negocios que necesitan ménos conocimientos, cuales son los pertenecientes a acusaciones de impresos? Pero nos hemos desviado demasiado o mas bien nos hemos excedido en materia que hemos reservado para otro tiempo. Sírvanos de disculpa nuestra prevencion contra la adopcion de un sistema que no es todavía para nosotros; i téngase presente que las razones, si convencen, no están mal, aunque se anticipen

Insistiendo en la mayor proporcion del juez del territorio de la cosa para informarse de la verdad de los hechos, es cierto que puede haber i hai muchas veces circunstancias que prometen una mejor expedicion en el domicilio del reo. Pero ¿qué importa que el juez territorial, adonde se puede ocurrir *ratione rei sitæ*, tenga esas proporciones de instruirse mejor en el hecho, si en el juez del domicilio del reo se encuentra, despues de la posibilidad de instruirse, mas probidad, mas conocimientos i mas tino en la expedicion de sus resoluciones, ese tino que no es dado a todos, i que suele faltar a los mas instruidos i a los mejores literatos? ¿Qué importa, repetimos, esa posibilidad del juez en cuyo territorio se halla el objeto disputado, si es difícil o acaso imposible personarse en aquel distrito, si hai que abandonar para ello negocios de la mayor importancia, si no se encuentra una persona a quien puedan confiarse los poderes, i si, en medio de la incertidumbre del litijio, demanda su secuela en aquel lugar gastos que no habria en el domicilio del reo? ¿Qué lei puede con justicia quitar la eleccion que ahora tiene el actor i precisarle a ocurrir a un juzgado que no le conviene?

Rogamos a nuestros lectores se propongan por un momento el caso en que dos habitantes de Santiago cuyas propiedades rurales están situadas en Copiapó, tengan motivo para litigar con ocasion de que el uno se ha internado en los terrenos del otro, le ha privado de un camino, de un acueducto, o le ha variado la direccion de sus aguas; ¿será preciso obligar a estos dos individuos a que litiguen en una distancia tan considera-

ble, cuando pueden aquí esclarecer sus derechos? ¿No será mas obvio i racional que el juez a quien en esta ciudad corresponde conocer de sus causas decrete la práctica de las dilijencias convenientes para que en Copiapó se esclarezcan los puntos de hecho, i se traigan a su juzgado para resolver sobre ellos? Nada mas se requiere para determinar en esta clase de negocios que la vista i reconocimiento del objeto disputado; pero esto no debe hacerse precisamente por el juez que ha de resolver la causa, pues basta que lo hagan los peritos de un modo judicial, de suerte que en el proceso se encuentre toda la noticia que el juez pueda necesitar para formar su concepto, sin que pueda decirse que, porque el juez no ha inspeccionado con sus propios ojos, no pronunciará su sentencia con arreglo; pues la inspeccion del juez jamas pasará de una ciencia privada que en el juicio, i tratándose de materia de hecho, no tiene recomendacion alguna. Supóngase que, conociendo el juez del territorio de la cosa, él mismo ha ido en persona con los peritos a reconocer los puntos de disputa, i que el resultado del juicio de dichos peritos i de las declaraciones de los testigos, si las ha habido, es enteramente contrario a la opinion que ha formado el juez, ¿qué se ha avanzado con el reconocimiento de éste? ¿puede proceder por solo su dictámen, es decir, por el privado conocimiento que le ha ministrado la vista del objeto? Estar por la afirmativa sería canonizar la arbitrariedad en el juez; conque deducimos por consecuencia lejítima que no el conocimiento de éste, sino lo que ministra el proceso es lo que debe formar su juicio. Estos mismos datos puede ministrar la causa al juez del domicilio, mandando practicar las dilijencias en el territorio del objeto disputado, conque es preciso confesar que tan bien puede juzgar uno como otro juez, i que no hai una necesidad de preferir exclusivamente el juzgado perteneciente a la situacion del objeto de la disputa al del domicilio del reo.

Cuanto hemos dicho hasta aquí, no corresponde a los juicios jenerales de apelaciones o deslindes, o a otros en que hai varios interesados de distintos domicilios i del mismo lugar en donde se hallan situadas las posesiones, las labores, caminos o aguas

sobre que se contiende; pues en estos casos no hai duda que debe precisamente litigarse ante el juez donde se hallan dichas cosas, porque entónces concurren los dos fueros de que tratamos.

Ménos tiene lugar lo expuesto cuando se trata de labores, caminos u otras obras que se promueven por la autoridad pública en el lugar donde se hallan las cosas; porque, si los dueños en cuyas posesiones han de verificarse estas obras tienen acciones o excepciones que deducir en juicio respecto de ellas, no pueden hacerlo sino ante el juez de dicho lugar, a quien privativamente corresponde su conocimiento. Los casos, pues, que hemos querido comprender en nuestras observaciones han sido aquellos solamente en que el reo o reos demandados tienen su domicilio en lugar distinto del de las cosas disputadas, i con respecto a éstos parece que hemos demostrado no carecer de fundamento nuestra oposicion al artículo 22.

La segunda parte del artículo 25 ofrece tambien reparos que no pueden omitirse. Tratándose de la prórroga del fuero por consentimiento expreso o tácito de las partes se dice lo siguiente: *sin embargo, un lego no puede someterse a un juzgado eclesiástico en causa que por derecho no corresponde a éste.* Suponemos que se trata de un lego demandado en causa profana ante el tribunal eclesiástico, porque, demandando como actor a un eclesiástico en la misma causa ante el juez respectivo, no hai duda que se somete a las decisiones de éste. Entendido el artículo del modo dicho, es enteramente conforme a las decisiones de las leyes; pero aun así observamos un defecto en la parte que nos ocupa, pues no expresa, como debió expresar, que un eclesiástico tampoco puede someterse a un juez lego en causas que expresamente no estén designadas por derecho, porque, segun el mismo derecho, no puede, ni aun con juramento, renunciar su fuero, segun es demasiado sabido, porque, tanto en el juez eclesiástico, como en el lego, falta en estos casos el principio de jurisdiccion que es necesario para que ella sea prorrogable. Debe, pues, en nuestro concepto hacerse esta adicion al artículo, porque la falta de ella haria se

creyese que, entre nosotros, desde la publicacion del nuevo reglamento de justicia, podia el eclesiástico apartarse de su fuero i prorrogar jurisdiccion.

Observaciones de mayor peso nos ofrece el artículo 37. Vemos en él sentada una proposicion que, siendo absoluta, es enteramente falsa. *El fuero correspondiente* (se dice) a *la calidad del negocio u objeto disputado prefiere siempre al fuero personal.* Hemos dicho que esta proposicion en la extension del artículo es falsa, porque ella solo es cierta cuando la naturaleza del negocio de ningun modo puede caber sino bajo una jurisdiccion, tales son las cosas espirituales i las a ellas anexas, pues es sabido que conocer sobre ellas solo es propio de la autoridad eclesiástica. En lo civil, todo lo correspondiente a la policía i a otros ramos señalados, i sujetos exclusivamente por las leyes a ciertas autoridades, causan fuero que prefiere al de la persona; pero las otras cosas sobre que, con la autoridad de las mismas leyes, se ha conocido i conoce por distintas jurisdicciones, porque no es repugnante su conocimiento, de ningun modo pueden surtir un fuero exclusivo; i cuando de ellas se trata, nada es tan cierto como que el fuero de la persona prefiere siempre al de las cosas, segun expresamente lo enseñan cuantos jurisconsultos tratan de la materia. La jurisdiccion se ejercita principalmente sobre los individuos cuyos derechos se disputan, i a quienes incumbe obedecer i respetar las decisiones de las autoridades.

Partiendo el artículo del principio que acabamos de indicar, continúa decidiendo que *un eclesiástico u otra persona que gozare de fuero particular reconvenido en materia de hacienda o demas señaladas en el artículo 19, deberá ser demandado ante los tribunales especiales señalados para esta clase de contestaciones*, con lo que viene en cierto modo a reducir a la nulidad todo fuero particular i especialmente el eclesiástico declarado por el artículo 15, atacando a mas de esto de un modo notable la inmunidad eclesiástica, establecida i respetada por todos los derechos, i en la que no encontramos necesidad ni justicia para hacer variacion alguna en el modo como se ha observado i observa entre nosotros.

Para demostrar que la disposicion de este artículo viene a reducir cuasi a la nulidad todo fuero, basta solo mirar las ocho partes del artículo 19; pues, reflexionando sobre ellas i sobre el principio del artículo 37, talvez no hai un negocio que no deba salir del fuero particular. Continuaremos sobre esta materia en el número siguiente.

IX

Admitido el principio, hemos dicho en nuestro número anterior, de que el fuero correspondiente a la calidad del negocio u objeto disputado, prefiere siempre al fuero personal, cuasi no queda fuero particular alguno, pues si bien se mira, no hai cosa que no tenga una autoridad a que corresponda el conocimiento sobre ella en el fuero ordinario, ya de este, ya de aquel modo, o en los juzgados especiales establecidos por la lei, en cuyos casos, no debiendo, segun el principio, subsistir el fuero personal, viene a ser ilusorio o inútil. Por ejemplo: una causa sobre propiedad de ciertas tierras, por la naturaleza del objeto de la disputa, pertenece a los juzgados ordinarios, pues a ellos deben ocurrir, siendo demandados, el militar i el eclesiástico; uno i otro deben tener contratos por los frutos de sus heredades, i los litijios que de ellos emanaren se decidirán por los tribunales de comercio; se promueve una causa contra los mismos por alguno de los negocios que designa el artículo 22, i se sujetarán al juez ordinario del lugar donde se encuentran las cosas demandadas; el clérigo i el militar pueden tener muchos casos de los que comprenden los nuevos tribunales domésticos, i en éstos tambien irán al fuero ordinario para que el juez proceda en los términos introducidos por el reglamento. ¿A qué, preguntamos, quedan reducidos los fueros particulares de estas personas? Creemos que a poco mas que a una sombra de fuero, o con mas propiedad a puras voces sin realidad ni efecto.

Recordarán nuestros lectores que, cuando tratamos del artículo 19 del proyecto i lo consideramos en sus distintas partes, observamos justamente que el diverso modo de proce-

der en los negocios por una misma autoridad, ni constituye una jurisdiccion distinta, ni causa diversidad de fuero, porque tan ordinaria es la jurisdiccion del juez comun agregando los jurados en el juicio práctico, como procediendo por los trámites de un juicio ejecutivo. Desde entónces ya mirábamos el artículo que ahora nos ocupa, i juzgábamos, no sin razon, que, aun subsistiendo los nuevos juicios prácticos, los tribunales domésticos i la restriccion del artículo 22, no habia para qué sacar de su fuero al eclesiástico ni al militar, porque, así como el juez ordinario civil sin variar de jurisdiccion puede proceder a los trámites del proyecto en los casos expresados, no hai repugnancia alguna para que los mismos se verifiquen por el ordinario eclesiástico, o el juez militar a quien esté encargada la jurisdiccion contenciosa, i si no hai repugnancia alguna, i pueden tener lugar en los juzgados ya dichos los modos de proceder que nuevamente se quieren introducir, no encontramos en qué pueda fundarse la exclusion del fuero personal cuando pueden en él obtenerse los mismos resultados sin el inconveniente de variar las jurisdicciones; o diremos que, si en los juicios de que tratamos, el modo de proceder se llama fuero respecto de los jueces comunes, este mismo modo, si es que llega a adoptarse, puede llamarse fuero en los juzgados militares i eclesiásticos

Contrayéndonos especialmente a los juicios prácticos, encontramos que, segun el proyecto, el juez debe seguir en la causa, desde su principio hasta cierto término en que ha de llamar los autos con citacion de las partes, i declarar si el juicio es práctico, en cuyo caso reune el jurado i practica lo que se ordena por el reglamento. Esto supuesto, séanos permitido preguntar, ¿ante qué juez se demanda al militar o al eclesiástico en esta clase de juicios? No ante el juez comun, porque en el estado de demanda no está declarada la calidad del juicio, pero ni aun despues de contestada aquélla, pues no existe todavía el fuero en el sentido del proyecto; no ante el eclesiástico ni el militar, porque en el mismo sentido, si el juicio realmente es práctico, no son competentes, i se seguiria que, en el caso de serlo, se habian practi-

cado con esencial nulidad los actos primeros del juicio, cuales son la demanda i la contestacion. Pero permitamos que se disimule esta nulidad, i preguntamos de nuevo, si el eclesiástico o el militar, despues que han tomado conocimiento del negocio, encuentran que el juicio es práctico ¿qué hacen? ¿Mandan al juez civil ordinario la causa, para que allí continúe con el jurado, i el juez proceda sin mas exámen a su reunion i demas trámites? ¿O vuelve a principiar de nuevo el juicio? ¿Quién no ve tantas entidades multiplicadas sin necesidad, i tantas impropiedades en el modo de proceder? ¿No será mas llano, que los jueces de los fueros particulares, conocida la calidad del juicio, procedan conforme a la lei hasta su conclusion? Sin duda esto i no otra cosa deberia practicarse, aun admitidas las innovaciones del proyecto, i no calificar de fuero lo que en realidad no es ni puede serlo.

Dijimos en nuestro número anterior que respecto a los eclesiásticos estimábamos atacada por el artículo que nos ocupa la inmunidad personal de que gozan, i que nadie quiere sacar de aquellos términos que las leyes i cánones les tienen prefijados. En ellos, ciertamente hai cuanto puede apetecerse para que el sacerdocio obtenga las consideraciones que exije la relijion i convienen a la sociedad, sin faltar cuanto se necesita para que no se haga contra la misma sociedad abuso de la inmunidad concedida, pues para evitar los que pudiera haber están previstos los casos, i la autoridad pública tiene todo el poder para expedirse en los que fuera de aquéllos puedan ocurrir. Si la inmunidad, pues, es justa i conveniente; si no puede causar daños en el estado, segun los términos a que está circunscrita; si nadie quiere alterarla, ¿para qué la echa por tierra el proyecto con una sola palabra, con que sujeta a los eclesiásticos a esos tribunales domésticos, que pueden imponer arrestos i destierros? ¿Por qué, sobre todo, cuando es en otras cosas, tan prolijo i aun menudo, nada ha dispuesto en los demas casos en que los eclesiásticos deben salir de su fuero, segun las leyes preexistentes, o segun sus nuevas reglas, sobre el modo de proceder cuando únicamente se trata de la persona del eclesiástico, para hacer efectiva una providencia

que no puede serlo sin coaccion? Creemos no dejará de conocerse este defecto; i tendrá remedio dictándose reglas para las cuales nada se necesita hacer nuevo, porque todo está bien esclarecido i dispuesto por las leyes.

Pudiéramos extendernos mas en estas observaciones; pero ya nos llama la atencion el título siguiente, en que se trata solo de mejorar la conciliacion introducida por el reglamento de justicia que nos rije, i sobre la cual hai tantas opiniones entre nosotros, unas fundadas en los principios mismos de equidad de que parte, segun parece, esta institucion, i otras en los resultados que ha tenido entre nosotros. En medio de los distintos modos de opinar, una cosa observamos, i es que la conciliacion, tal cual está en el reglamento que nos rije i en el proyecto que nos ocupa, tiene en su contra el voto jeneral de los hombres honrados i sensatos, justificado por la experiencia de sus pésimos resultados, i por la conocida imposibilidad de obtenerlos mejores. Nosotros que opinamos del mismo modo, expondremos, si no todas, las principales razones por que nos oponemos a este trámite tan pomposo en la teórica, tan filantrópico en la apariencia, tan desagradable en la práctica, tan perjudicial en la realidad.

Si nos parece que nunca puede emplearse tan bien el cuidado del lejislador, como cuando procura establecer los medios de cortar los litijos, conservar la paz i la moralidad entre los ciudadanos, no creemos que, para lograr estos fines, sea medio aparente la conciliacion, tal cual se practica en el dia entre nosotros i cual se establece por el proyecto que observamos; ántes estimamos que ella debe aumentar considerablemente los pleitos e introducir en éstos cada dia los ardides en que es tan fecunda la mala fe. Parecerá acaso temerario este juicio; pero, a mas de estar apoyado en la experiencia de los ensayos conciliatorios que hemos tenido en mas de diez años, no faltan razones nacidas de los principios mas obvios, que procuraremos exponer con la brevedad posible.

No puede negarse, atendida la condicion humana, que en los litijios, mas que en todos los otros negocios, es mayor el número de los individuos que proceden apasionadamente, i

talvez conociendo la ninguna justicia que les asiste, que el de los que, poseídos de un espíritu de rectitud, persiguen sus derechos o los defienden. En los primeros, debe haber siempre mui poca, por no decir ninguna esperanza de que se sujeten a partidos racionales; i los segundos siempre estarán dispuestos a un convenio equitativo, que procurarán por su propio interes, sin ser necesario que la autoridad los impela a tratar de ello: estos últimos cuidarán de evitar su daño, los otros de sacar el provecho que les sea posible con perjuicio del condescendiente. El hombre quieto sacrificará una parte de sus intereses por evitar un juicio; i el malvado lo promoverá solo por ver el partido que puede sacar en el primer paso de la conciliacion. Tan persuadidos estamos de esto, i ello es tan propio de la naturaleza de las cosas, que no es temeridad afirmar que, entre nosotros, desde que hai conciliacion, si se han cortado algunos litijios, han existido tambien muchos que jamas se hubieran producido, si este trámite no hubiese hecho nacer en los hombres de mala fe la esperanza de sacar partido de un contrario enemigo de contiendas, pasilánime o poco advertido. Entablar un juicio en conciliacion, es mui distinto a principiarlo con la seriedad conveniente ante un juez que debe decidirlo. En el primer caso, no se temen resultados de mayor consecuencia, no hai el temor de grandes costos, ni es necesario todo aquel cuidado que exije un juicio formal; i por lo mismo es mucho mas fácil a la malicia proceder, segura de que, si no gana, ninguna o mui poca pérdida debe experimentar, i si saca un partido le ha costado mui poco el obtenerlo; pero en el segundo hai una diferencia notable, se contraen compromisos de otra clase, la malicia debe descubrirse de un modo público i solemne, la nota que ella deja sobre quien la tiene es mas temible, lo son igualmente las condenaciones que deben recaer sobre el litigante temerario, i todo esto retrae de promover una accion indebida o de querer sostener unas excepciones injustas.—Bajo este aspecto, ¿quién no ve que la conciliacion, léjos de ser un arbitrio para terminar los litijios, es mas a propósito para fomentarlos i para abrir un nuevo camino a los litigantes injustos i a tantos que, por desgracia,

viven de los pleitos? ¿No es mejor dejar la conciliacion al interes que cada uno tiene por su quietud i por la conservacion de sus bienes? ¿Puede hacer mas en esta parte la autoridad, que el poderoso ajente del interes individual? Nada ha sido mas frecuente que las conciliaciones i transacciones privadas entre individuos que proceden de buena fe; i es un fenómeno raro el ver iguales convenios entre aquéllos que no proceden con justicia, si no se les presenta el provecho que ellos se han propuesto reportar de sus maquinaciones.

Discurriendo sobre la conciliacion modernamente introducida en el mundo judicial, al mismo tiempo que muchas veces nos hemos admirado de que no se hubiese ocurrido en tantos siglos este invento a los lejisladores, hemos advertido que, donde ha sido introducida, a poco tiempo ha dejado sentir malos resultados; i esto nos confirma en que la institucion, si es hermosa en la teoría, no es buena en la práctica. Si se nos arguye con los buenos efectos experimentados en los principios, diremos que en ellos la novedad pudo influir mucho para que los conciliadores contrajesen toda su atencion a desempeñar un ministerio todo de paz, i que requiere para su expedicion el tino i la prudencia con cierta especie de impasibilidad, que siempre son prendas mui raras entre los hombres. Diremos mas, que los interesados en los litijios, por la sorpresa propia de un nuevo acto con todas las apariencias de judicial, debian ser en los principios mas fáciles de ceder i de aquietarse; pero no así despues de familiarizados con el trámite. Diremos, sobre todo, que esta institucion participa en cierto modo del optimismo, calidad bastante para que no pueda sostenerse por mucho tiempo entre los hombres de un modo debido, i para que, dejenerando de su naturaleza, léjos de ser provechosa, se convierta en perjudicial, como entre nosotros ha sucedido.

No se nos diga que, con los nuevos arbitrios tomados por el proyecto, están atajados todos los males; porque contra ellos, como contra todos, la malicia tiene sus arbitrios mas fecundos para triunfar, valiéndose de los mismos medios que se ha empleado para contenerla. ¿No vemos en el proyecto

la facultad de recusar a los conciliadores? ¿Y queremos cerrar los ojos a cuanto puede extenderse la malicia de un litigante en solo este ramo? ¿No vemos, a pesar de que la conciliacion no es un juicio, segun se dice, que se forma un juicio verdadero con demanda, contestacion, exámen de documentos i testigos, i últimamente el pronunciamiento del conciliador cuando no hai convenio de las partes? ¿Para qué, preguntamos, perder el tiempo i causar costos en lo que se dice no ser juicio, i que al fin, sin la aquiescencia de los interesados, no puede tener efecto? ¿Para qué, sobre todo, el pronunciamiento del conciliador, si no hace sentencia? ¿I por qué, si él puede proceder *ex equo et bono* i no está obligado a seguir el rigor del derecho, su autoridad está provista de tantos medios para indagar la verdad de los hechos, i su decision tiene tanta fuerza que, pasados seis dias sin la expresion de *no conformidad*, tiene toda autoridad de *cosa juzgada?* Confesamos que no podemos combinar todas estas cosas, i que ellas son otros tantos motivos que corroboran nuestra oposicion al trámite que nos ocupa.

Si hubiésemos de poner aquí cuanto nos ocurre contra la conciliacion, excederíamos ciertamente de lo que permite la estrechez de nuestras columnas. Suspenderemos, pues; pero no dejaremos de oponer el argumento mas poderoso contra este trámite, cual es el pronunciamiento de la opinion pública, pues casi no encontramos un hombre sensato que no sea decididamente opuesto a una institucion que en nuestro país ha causado tantos males i ha sido el asilo de que se han valido todos los injustos litigantes para ganar tiempo i para perjudicar impunemente a sus contrarios. Protestamos contra una institucion, que, dígase lo que se quiera, no cuenta entre nosotros, ni en parte alguna, con todos los sujetos necesarios para desempeñarla dignamente; contra una institucion sin la cual tendríamos ménos pleitos, despachados con mas llaneza i en ménos tiempo.

Somos, por tanto, de dictámen que se borre del proyecto hasta la palabra *conciliacion;* i que, si se quiere tener, en cortar litijios, la única parte que consideramos propia de la autori-

dad, no se haga otra cosa que mandar citar a los litigantes por el mismo juez de la causa despues de puesta la demanda, para excitarlos a cortar su litijio, sin entrar en pormenores sobre la calidad i naturaleza de la accion o excepciones. Con esto, se logrará poner a los que litigan en un punto de contacto de que acaso se retrae cada uno de por sí, se logrará que ellos mutuamente entren en explicaciones, i que obre cuanto puede obrar el interes individual bien entendido, único resorte que puede moverse con suceso para conseguir el fin de un convenio. Si el interes no obra, si las partes persisten en la secuela del negocio, es preciso seguirlo por los trámites convenientes; i entónces no habrá habido dispendio de tiempo, i se habrán excusado costos i quitado a la malicia no poco espacio para ejercitar sus ardides. Creemos que, opinando así, estamos conformes con el voto jeneral, que respetaremos siempre, aun cuando para combatirlo se nos ocurran razones mui fundadas; porque siempre la jeneralidad tiene una razon superior i cierto instinto que la hace no equivocarse en sus decisiones.

X

Reconocido el proyecto desde el artículo 107 hasta el 255 inclusive, solo encontramos pequeños reparos, siendo el primero el artículo 123, que dice: *Si el demandado pusiere alguna excepcion perentoria o dilatoria, no será obligado a contestar la demanda hasta que recaiga decision formal sobre este artículo.* Creemos justamente que en el artículo copiado se ha padecido alguna equivocacion talvez notada ya por el mismo autor del proyecto; i esperamos por lo mismo su reforma, atendiendo las razones que hai para ella, las cuales son tan obvias que no pueden ocultarse.

Las excepciones dilatorias ciertamente suspenden por su naturaleza la contestacion de la demanda; mas las perentorias, como dirijidas a terminar el juicio, son, i no pueden ser otra cosa, que una verdadera i directa contestacion. Así es que por una práctica constante, opuestas estas excepciones, se sigue la causa hasta el estado de sentencia, la cual, de-

biendo necesariame recaer sobre el asunto controvertido en juicio, no puede dejar de comprender las excepciones propuestas por el reo. No hai, pues, para qué suspender el curso del pleito por las excepciones de que tratamos, porque ellas están probadas o nó: si lo primero, con la audiencia de la parte i citacion correspondiente deben resolverse, i el juicio es concluido; si lo segundo, se ha de continuar en su conocimiento, i como no puede en tal caso decidirse sino sobre la esencia del litijio, es preciso que se camine en él hasta su conclusion, i recaiga como hemos dicho la sentencia sobre las excepciones. Pero esta materia es demasiado llana para que pueda demorarnos mas.

Otros reparos nos ofrece el artículo 234, cuyo tenor es: *Toda sentencia definitiva produce de pleno derecho condenacion de costas a la parte vencida, aun cuando no haga mencion expresa de tal condenacion.* Aunque la disposicion de este artículo aparece un tanto mitigada con la del siguiente, con todo, en nuestro concepto, es dura i digna de reforma. Nada hai mas justo que la condenacion en costas al litigante malicioso i temorario; pero es preciso confesar que en muchos litijios, las dos partes interesadas suelen proceder con la mayor buena fe, ya porque son oscuras las cláusulas de los instrumentos en que se apoyan, o los dichos de los testigos dan lugar a distintas intelijencias, o lo que es mas frecuente, porque las leyes no son terminantes i los puntos de derecho que se controvierten en la causa, son tambien dudosos entre los autores de mayor nota; de suerte que por una i otra parte ocurren argumentos al parecer mui fundados. No puede negarse que hai pleitos en que el juez mas versado i poseedor de un gran caudal de conocimientos se encuentra perplejo para dictar una resolucion definitiva, i con todo, ella recae absolutamente en favor de un litigante i en contra de otro. ¿Por qué, en los casos dichos, el vencido ha de ser necesariamente penado en las costas? ¿Por qué se ha de añadir gravámen al gravado, o al aflijido afliccion? ¿Será porque usó del derecho que de buena fe creyó tener para demandar lo que estimaba por suyo, o para defender lo que conocia que trataba de quitársele

injustamente? Por mas que busquemos razones en que pueda apoyarse la decision del artículo citado, no las encontramos; hallamos sí que él es contrario a la natural equidad, i opuesto al derecho que cada individuo tiene en la sociedad para defender su propiedad. Si ese derecho no puede negarse, tampoco debe imponerse pena por su ejercicio, ni ella puede recaer sino contra el abuso, que no puede concebirse cuando la temeridad o mala fe con que se ha litigado no se manifiestan.

Despues de los reparos que acabamos de hacer, lo demas del proyecto en los artículos citados al principio nos parece tan ajustado a nuestras leyes i antiguas prácticas, tan claro, tan determinado i preciso, sobre todo tan justo i conforme a los intereses de los litigantes que sentiríamos se quitase cosa alguna sustancial en sus disposiciones. No podemos negar que, entre ellas, se encuentran algunas novedades; pero, si se advierte cuánto deben influir éstas en la brevedad de los juicios, en alejar de ellos los ardides de la malicia, i descubrir la verdad cuanto es dable, i en dar a las resoluciones de los jueces toda la solidez, toda la justicia, i el respeto todo que ellas deben adquirirles, si todo esto se tiene presente, repetimos, se dará a lo innovado el mérito que justamente le corresponde. Por tanto, nos creemos en la obligacion de manifestar al público las conveniencias i ventajas que resultan del nuevo sistema establecido por el proyecto en la tramitacion, progreso i conclusion de los juicios, de que se trata en los artículos que nos ocupan; porque, debiendo formar su opinion en esta parte, debe estar prevenido contra los argumentos de aquéllos que, o solo encuentran la razon en su conveniencia, o nimiamente apegados a las antiguas rutinas, no quieren fuera de ellas otra cosa, por mas que la razon dicte i pida la experiencia; ni cuidan del remedio de males verdaderos, con tal que no reciba variacion lo que aprendieron una vez. Desde que principiamos nuestras observaciones, nos decidimos tanto contra los individuos cuyo carácter acabamos de describir, como contra aquellos jenios que quieren innovarlo todo. Unos i otros son igualmente perjudiciales: ni todo ha dejarse por an-

tiguo, ni todo ha despreciarse por nuevo; i es preciso dar lugar a la razon para que examine detenidamente las cosas a fin de que se admita siempre lo mas conveniente i útil, lo mas equitativo i justo, sin pararse en la recomendacion de lo viejo, ni en la aparente brillantez de lo moderno.

Antes de principiar a advertir las novedades que defendemos, suplicamos a nuestros lectores disimulen si talvez aparecemos nimios en la exposicion de ciertos hechos, los cuales solo bastaria indicar. Consideren que hablamos para el público, es decir, para todos, i que necesitamos ponernos a el alcance aun de las intelijencias vulgares i comunes; previa esta advertencia, no será ya extraño nuestro modo de decir acerca de los particulares que nos proponemos.

La primera novedad contra la que oímos excitarse las opiniones, consiste en el modo que el proyecto introduce para que sean propuestos i resueltos en el juicio los artículos que en él ocurren; i por mucho que se diga, no podrán oscurecerse los bienes que deben ser resultados precisos de esta innovacion. Desde luego nos ocurre que, establecida la nueva práctica, no se producirán tanto esos artículos en que es tan fecunda la mala fe para hacer los juicios eternos, porque, proveyendo la lei de medios eficaces i precisos a fin de evitar las demoras, falta el objeto principal de promoverlos, i solo se entablarán aquéllos de que no pueda prescindirse, sin que por ello haya miedo de que se perjudique el curso de la causa principal. Es preciso notar la gran diferencia que hai entre nuestra práctica actual i la que el proyecto propone, para convencerse de las ventajas que ésta ofrece.

En nuestro actual sistema de juicios, un artículo se promueve por un escrito que se presenta al juez para que tambien por escrito provea; se da traslado, i es necesario hacer saber este decreto a la contraparte, a quien se entregan los autos para contestar; regularmente pasan tres o mas dias sin contestacion, i muchas, por no decir las mas ocasiones, es preciso apremiar al procurador que sacó los autos para que los vuelva, lo cual no puede hacerse sin otro escrito i otra providencia; el interesado que consigue el efecto del apremio al dia siguiente de

aquel en que lo pidió debe tenerse por feliz, porque los procuradores nunca se hallan desprovistos de arbitrios para entretener dos o cuatro dias mas, si conviene a las miras de sus poderdantes, o si los abogados no han tenido tiempo ni gana de contestar. Vuelven, en fin, los autos a la escribanía; i talvez para responder al traslado del artículo se piden antecedentes, dilijencias u otras cosas, que producen un artículo nuevo. De este modo, vemos todos los dias, como lo hemos oído i visto siempre, paralizarse por un tiempo excesivo el curso de la causa principal. Parecerá que exajeramos; pero solo hemos hecho un pequeño bosquejo del abuso de los artículos, los cuales han llegado a formar una ciencia del foro en cierta clase de hombres que se glorían de saber manejar lo que llama el vulgo trampas legales. Dígannos ahora los que no quieren que se innove respecto de los artículos del juicio: ¿la descripcion que acabamos de hacer es conforme al tenor de las leyes i a su espíritu? ¿Ese sistema de cábala no es directamente contrario al interes de los litigantes, a la justicia, al órden público i a la decencia misma? Conque es necesario proveer de un remedio radical a los males que de él resultan; i ¿puede haber otro tan eficaz i efectivo, como el que el proyecto propone? Digan lo que quieran los defensores de los artículos *in scriptis*, una vez que se admita escrito presentado, i contestacion por escrito, sean cuales fueren las cortapisas que se pongan, ha de haber demoras, i la autoridad judicial no ha de poderlas remover.

Miremos ahora las cosas segun la nueva institucion. Una simple minuta presentada al juez en que se exprese sucinta i claramente la solicitud del artículo, la citacion de las partes para primera audiencia i la resolucion indefectible en ella, es toda la tramitacion que se deja, i toda la que basta para cualquier procedimiento de esta clase, prescindiendo de que, cuando la materia sea expedita, el juez, acto continuo de presentada la minuta, puede resolver sin mas audiencia ni citacion; i en uno i otro caso dede condenar en las costas al litigante malicioso sin perjuicio de poder imponerle la multa a que se haya hecho acreedor por su temeridad. ¿Podrán bajo este sistema intro-

ducirse demoras a pretexto de artículos? ¿Podrá el litigante de mala fe gloriarse en su malicia i reportar impune, como reporta ahora, los provechos de las morosidades mismas que promueve? La respuesta negativa es demasiado clara. ¿Por qué, pues, la lei no ha adoptar este arbitrio? Hemos oído decir mas de una vez, desde que salió a luz el proyecto, que perderán los jueces gran parte de su tiempo en la resolucion de los artículos, pero, sin contar con que esos artículos por la nueva práctica deben minorar al ménos en mas de dos terceras partes, no encontramos por qué pueda ser tan morosa la audiencia para la resolucion de ellos, desde que, fijándose el punto o puntos en cuestion, el juez no debe admitir divagaciones ni alegatos superfluos i repetidos, i una vez alcanzada la verdad debe inmediatamente pronunciarse. Los que tienen experiencia en negocios, saben que un juez experto se desembaraza en estos casos mui breve i fácilmente, teniendo mas pension en leer escritos, que acaso se difunden con estudio, en sacar de ellos lo útil i poner por escrito su providencia. No encontramos, pues, el inconveniente que se opone, pero tampoco hemos oído otro que se aduzca con razon o sin ella. Continuaremos haciendo la apolojía del proyecto, en órden a las demas innovaciones del modo que verá el público en el siguiente número.

XI

Una novedad que talvez tenga mas oposicion, es la que introduce el proyecto en órden al exámen de los testigos que se presentan en el juicio, por cuanto, no habiendo presenciado hasta ahora las partes, sino el acto del juramento, i siendo lo demas reservado al juez i al escribano, o a éste solo si se le comete la dilijencia, el proyecto establece que los interesados en el proceso pueden estar presentes cuando los testigos declaran, i les permite hacer preguntas sobre los hechos que aducen i recordarles otros para que vengan en mejor conocimiento de aquello que deponen. Debemos confesar que, cuando por primera vez vimos esta innovacion, nos previnimos contra ella: tal es la fuerza que adquiere el hábito, aun sobre la

misma razon. Nos parecia imposible que hubiese muchos hombres dotados de la suficiente fortaleza, para deponer en contra de otros a la presencia de éstos; i creíamos que en ninguna parte podrian encontrarse ménos que en nuestro país, en el que, por una consecuencia propia de la blandura del carácter de sus habitantes, la condescendencia i la contemplacion ejercen regularmente en todas las clases un imperio mayor del que fuera conveniente. Temíamos que un inquilino, por ejemplo, presentado como testigo contra el hacendado cuyas tierras ocupa, fuese sorprendido por la presencia de un hombre de quien tanto depende, i mirábamos como imposible que tuviese la libertad suficiente para expresarse con la verdad que pide el acto de la deposicion judicial. Se nos presentaban otros muchos casos semejantes, i desde luego fallábamos en contra de la presencia de las partes en el exámen de los testigos, estimando mas justa i conveniente la actual práctica conforme a la disposicion de las leyes existentes, por las cuales tal presencia e intervencion son absolutamente prohibidas.

Pensábamos como hemos dicho; pero al mismo tiempo conocíamos bastantemente la imperfeccion de nuestras pruebas por testigos, los abusos de que son susceptibles, i los males que en esta parte nos ha hecho tocar la experiencia. Deseábamos el mejor remedio que fuese dable, pero no lo encontrábamos radical. Prevenir que en todo caso debiesen darse las pruebas ante el juez, a excepcion de uno u otro mui raro en que se tomasen las cautelas convenientes para suplir el defecto de aquella presencia, obligar a los testigos a que siempre diesen razon de sus dichos, mandar que sobre las preguntas hechas por los interesados el juez hiciese las que estimase mas oportunas al esclarecimiento de la verdad, todo esto se nos ocurria; pero, sin embargo, encontrábamos que podrian ejercitarse con facilidad los arbitrios que desgraciadamente hemos visto poner en ejercicio para probar lo que se ha querido, i que, por una desgracia todavía mayor, hemos visto cuasi siempre tener efecto.

Buscando, pues, el medio mas a propósito de obtener un

resultado seguro i conforme a la verdad en las pruebas por testigos, ayudados, no tanto de nuestra lectura sobre este punto, cuanto de reflexiones que nos hicieron sujetos, con quienes el deseo de acertar nos hizo conferir, hemos venido a conocer que, si han de desterrarse los vicios justamente deplorados en las expresadas pruebas, no puede ser de otro modo que adoptándose el proyecto en toda su extension. Reflexionando sobre los mismos inconvenientes que encontrábamos para la adopcion del nuevo órden propuesto, hallamos que la condescendencia, por la cual en muchos casos debería temerse la ocultacion de la verdad, es cabalmente la que debe hacer temer que la verdad se oculte, o que contra ella se deponga, si la autoridad no previene una fuerza capaz de contener los efectos de la debilidad del corazon humano, o los impulsos vehementes con que la malicia la precipita a veces a pesar de la razon; i encontramos que no puede prevenirse fuerza tan adecuada, como la concurrencia de las partes al exámen de los testigos i su libertad para interrogarles de un modo debido, a la presencia del juez.

Si bien se mira, es fácil, i lo vemos todos los dias, persuadir al hombre sencillo a que declare asegurando hechos que talvez no han existido. Una persuasion regular, pretextos de bienes que pueden seguirse, los mismos principios de piedad i relijion son medios de que hemos visto usar con buen éxito para hacer perjurar a personas poco reflexivas.. El cohecho, las promesas, el temor, i relaciones no ménos criminales son los resortes que se tocan siempre, tratándose de jenios maliciosos. La presencia del juez importa poco o nada en alguno de los casos dichos, i todas las preguntas que él puede hacer de oficio, pueden i aun deben estar prevenidas por los que quieren apoyar en testigos sus falsedades. Esos testigos serán instruidos de las preguntas que pueden hacérseles, i llevarán mui bien enseñadas i prevenidas las respuestas, viniendo así a frustrarse toda precaucion, i a triunfar las maquinaciones de la injusticia.

¡Qué distinto aspecto ofrece la prueba de testigos hecha en público a presencia del juez i de las partes! Presentado

ante el juez el individuo que debe declarar, ya por ministerio del interesado en su declaracion, o a peticion de éste por órden expresa del juzgado, debe estar entendido de que no le es dado ocultar lo que sabe, i es obligado a decirlo, i decirlo con verdad, sea contra quien fuere. Cuando no puedan para el testigo las consideraciones de la grave culpa que comete perjurando, i de las penas con que la relijion le conmina, la infamia a que debe condenarle un perjurio, i la pena que debe imponerle la autoridad en fuerza de la causa que debe seguírsele inmediatamente, i sobre todo la facilidad de ser descubierto, estando presente la misma parte contra quien declara i que puede hacerle preguntas respecto de las cuales no está prevenido, todo lo dicho debe influir de tal modo en el ánimo del hombre mas inmoral, que aleja aun la presuncion mas remota de que pueda faltarse a la verdad en una deposicion judicial. Pero, aun cuando despues de estas precauciones, lo que es cuasi imposible, hubiese hombre tan atrevido, que silenciase lo cierto o depusiese lo falso, ¿no es manifiesto que por el sistema proyectado puede mejor que de otro modo descubrirse la verdad? Ella tiene un imperio irresistible; i cuando a la buena fe se dejan todos los arbitrios para inquirirla, no hai maquinaciones que basten a ofuscarla. La parte contra quien se depone un hecho falso, puede contar con la victoria segura, si se le permite hacer preguntas i reconvenciones al testigo, quien, por consumado que sea en la carrera del crímen, no puede tener toda la firmeza suficiente para sostener su dicho, i no vacilar a la presencia del juez i del público que le observa.

Somos, pues, decididos por la adopcion del nuevo método proyectado, tanto mas cuanto en él encontramos garantías necesarias a los litigantes, que no advertimos en nuestro modo actual de proceder. La asercion de un testigo presentado en juicio es una autoridad que condena a aquél contra quien se produce. Si esto es innegable, es consiguiente que sea justo proporcionar al individuo de cuyo perjuicio se trata los medios lejítimos de defensa; i no puede sin injusticia privársele de los arbitrios convenientes para convencer la falsedad de la deposicion que le perjudica. ¿Cuáles son, preguntamos, los que

quedan para esa conviccion en nuestro actual sistema de procedimientos, si lo que han dicho los testigos no se sabe hasta pasado el término de prueba, cuando esos testigos ya no deben comparecer mas en juicio, i talvez se han ausentado a largas distancias del lugar en que depusieron? Aunque se les obligue a dar razon de sus dichos (lo que actualmente se descuida mucho), ¿no es cierto que sobre esa razon caben muchas reflexiones i advertencias que solo pueden dirijirse al testigo, i que pueden hacer variar en mucho o en el todo su concepto sobre el hecho? Si esto no se hace por la parte, ¿puede imajinarse siquiera que se haga adecuadamente de oficio por el juez? I si no se verifica en el acto de la deposicion, ¿cuál es el tiempo del juicio en que puede hacerse por la parte? Un trámite nuevo, en que despues de hecha publicacion de probanza, pudiese obligarse a los testigos a responder a preguntas que les hiciesen aquéllos contra quienes hubiesen declarado, i responder a los cargos que se les formaban por sus dichos, sobre introducir una novedad dispendiosa de tiempo i de costos, no produciria ciertamente el efecto de las preguntas i consideraciones hechas al tiempo de la declaracion; porque, una vez asentado un hecho en juicio, ya debe suponerse en el testigo empeño en sostenerlo i un conato tan vehemente excitado por el amor propio, que, para vencerlo, necesitaria una virtud extraordinaria i nada comun entre los hombres, pues es sumamente difícil una retractacion, especialmente si ella debe tener un influjo directo en la opinion que la sociedad debe formarse de nosotros en órden a la buena fe de nuestros procedimientos. El testigo, despues de haber afirmado un hecho en su declaracion, con dificultad se retractaria, i con la misma podia ser convencido de su falsedad con sus propios dichos; pero esto de ningun modo sucede en el acto de declarar.

Despues de lo dicho, sería demasiado doloroso que no fuese admitida la parte del proyecto que nos ha ocupado. Propondremos, con todo, dos puntos en que nos parece debe fijarse la atencion de los que han de aprobarlo para tomar las medidas que estimamos convenientes. Es el primero el acto de cometer el exámen de los testigos en los casos en que éstos no puedan

concurrir al juzgado. Tan necesaria creemos la presencia del juez en un acto cuya importancia en el juicio no puede desconocerse, que, faltando ella, encontramos un vacío incapaz de llenarse por la sola intervencion del escribano, i ménos por la de un receptor, a quienes puede cometerse el acto. Sea que no tienen la obligacion de estar impuestos como el juez en las cuestiones de hecho que se ventilan en el proceso, sean otras muchas cosas de que por ahora no queremos ocuparnos, lo cierto es que nunca se expiden tan bien estas dilijencias cometidas, como practicadas por el juez mismo; i por eso sin duda nuestras leyes dispusieron que, en algunos de los casos de que tratamos, el juez en persona pasase a la casa del testigo a recibir su declaracion. Quisiéramos que se practicase esto mismo; pero ya que no es posible, porque esto sería recargar demasiado las atenciones de los jueces, no poco aumentadas por el proyecto, desearíamos que la lei estableciese un medio que de algun modo supliese la ausencia del juez. No nos atrevemos a indicar cuál sería precisamente el que deseamos; pero, con todo, juzgamos que la concurrencia de otro escribano especialmente nombrado por el juez, a mas del actuario, o de dos testigos con igual nombramiento judicial, harian el acto de la declaracion mas digno de la confianza de los litigantes i del respeto público.

El segundo punto sobre el que deseamos se considere, es la obligacion que se pone a las mujeres de comparecer en juicio como testigos sin otra excepcion que la de ser solteras. En esta parte, creemos el proyecto mui digno de reforma, atendido el pudor de las mujeres del país, particularmente de aquéllas que pertenecen a clases justamente distinguidas entre nosotros por diferentes relaciones. Hablamos en Chile, i apelamos al juicio de los que conocen el carácter de las mujeres bien educadas i de honor que hai entre nosotros, sean casadas o viudas. En ellas, jeneralmente se observan una separacion casi absoluta de cuanto dice relacion con el foro, un recojimiento ejemplar, el recato, la timidez, aquella especie de vergüenza que realza tanto las prendas del sexo: todo esto es incompatible con la precision en que las pone el proyecto de comparecer a

declarar en un juzgado; i podemos asegurar que la mayor parte, si no todas las mujeres viudas i casadas de cierta clase, no se prestarian a este acto, sino a fuerza de apremios, que ni serian decentes, ni fáciles de ejecutarse, i al fin traerian males de no pequeñas consecuencias. Por otra parte, ¿quién no ve que, en la denominacion absoluta de solteras, se comprenden muchas mujeres sin pudor ni obligaciones, por cuyo respeto no sería bien faltase la regla jeneral de concurrir al juzgado? Somos, pues, de dictámen que, quitándose la excepcion por calidad de solteras, se deje ésta a la prudencia del juez, quien, atendidas las circunstancias de la persona, sea cual fuese su estado, dispondrá que concurra a su presencia, o se solicite en su casa la declaracion que deba prestar. En el número siguiente, sostendremos la justicia con que el proyecto exije que las sentencias se funden por los jueces.

XII

Llegamos a la parte del proyecto que nos parece mas justa, i tan conforme a la razon que no podemos alcanzar cuál sea la que pueda justificar la práctica contraria. Tendrán presente nuestros lectores que en el número anterior ofrecimos demostrar cuán debido es que los jueces funden sus sentencias al tiempo mismo de expedirlas. A la verdad, si la sentencia no es otra cosa que la decision de una contienda sostenida con razones por una i otra parte, esa decision debe ser tambien racional, i no puede serlo sin tener fundamentos en que apoyarse; si los tiene, ellos deben aparecer, así como aparecen los que las partes han aducido en el juicio, que, siendo público, nada debe tener reservado, i con toda dilijencia ha de procurar alejarse de cuanto parezca misterioso, segun dijimos mui al principio de estas observaciones.

La naturaleza misma del hombre exije que se observe la práctica de que nos ocupamos. El hombre por su naturaleza racional debe dirijir todas sus acciones por las reglas de la sana razon; i por su naturaleza social, debe dar a los demas de la sociedad un testimonio del arreglo de la razon que dirije

esas mismas acciones. Por eso, en la mayor parte de los actos de nuestra vida que tienen relacion con otros individuos se nos obliga a dar la razon de nuestros hechos o dichos; i sin tal calidad, ellos se estiman como de ningun momento. ¿Por qué, pues, en el acto mas solemne i sagrado, cual es el pronunciamiento judicial, no se ha de exijir del juez esa razon, i ha de constituírsele en la clase de un oráculo, queriendo dar a su solo dicho talvez mas fuerza que a las mismas leyes?

Si el juez no puede proceder por su arbitrio, si en el ejercicio de sus funciones debe estar ligado a la decision de las leyes, si éstas son las que conceden o niegan lo que se pretende en el juicio, i el juez solo tiene en este acto el destino de aplicarlas, si su aplicacion debe ser conforme a los hechos; si todo esto es cierto, decimos, nada es tan natural como que el juez, al tiempo de pronunciar su fallo, designe la lei que aplica, manifestando el hecho tal cual resulta de autos i cual lo exije la aplicacion que ha hecho de la decision o decisiones legales. Relevemos al juez de la obligacion de fundar; i su propia opinion, o la opinion de este o aquel jurisconsulto, pueden ser i serán muchas veces el fundamento de su sentencia, a pesar de que semejantes opiniones no pueden ser las reglas de juzgar.

Admitir sentencias no fundadas, equivale, en nuestro concepto, a privar a los litigantes de la mas preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales. ¿Son acaso infalibles los jueces? ¿No suelen equivocarse muchas veces en sus conceptos sobre la justicia o injusticia de los negocios? ¿I por qué se ha de quitar al perdido el saber las razones en que se fundó la sentencia que le fué contraria? ¿No es esto lo mismo que negarle la facultad de deshacer las equivocaciones, de descubrir las falsedades i de advertir los defectos, para obtener la revocacion en caso de apelacion, o para dirijirse contra el juez mismo en los casos que le convengan? Por mas que se discurra, no podrá encontrarse una sola razon aparente para persuadir, que, no obligando a los jueces a dar razon de su pronunciamiento, no se infiera a las

partes contendientes uno de los mayores agravios que puedan conocerse en lo judicial.

Si los litigantes son defraudados de una parte tan principal de sus derechos por el actual sistema de pronunciamientos, no es ménos el perjuicio que resulta a la causa pública, porque, sin contar la íntima conexion que tiene ella con el bien de los particulares, no puede oscurecerse cuánto importa al órden público que los juicios se disminuyan, que se eviten las desconfianzas de los particulares respecto de los majistrados, i que éstos sean mirados con todo el respeto i consideracion que convienen a las personas destinadas para ejercer en la sociedad los cargos de que penden los bienes, el honor i la vida de los hombres; a todo esto conduce la precision de fundar las sentencias establecida por el proyecto. El litigante que mira en la sentencia que le condena los fundamentos de hecho i de derecho que ha tenido el juez para proceder, tiene todo cuanto necesita para desengañarse de la calidad de su causa, i para concebir esperanzas de mejor éxito en otra instancia, o para no contar con otro resultado mas favorable; de éste modo, si procede de buena fe, debe creerse que deje en muchos casos el comenzado pleito; pues no puede negarse que una gran parte de ellos se continúa, porque, subsistiendo las razones que se han tenido presentes para entablarlos i sostenerlos, no se pierde la esperanza de obtener; i subsistiendo ella, subsisten los litijios que de otro modo se habrian concluido. El litigante que no es advertido de las razones que ha tenido el juez para pronunciarse en su contra, insistiendo siempre en las que él ha creído que favorecian su accion o excepciones, si no es dotado de mucha virtud, condena siempre, al ménos por mucho tiempo, la conducta del juez de quien obtuvo el fallo, i la desconfianza i la desestimacion son resultados perjudiciales, pero casi siempre precisos; de aquí las especies difundidas contra los majistrados, i las calumnias, las mas veces injustas que se propagan siempre mas de lo que regularmente se cree, viniendo muchas veces a desmejorarse con perjuicio del público el concepto mas bien merecido de un majistrado. Nada de esto debe temerse cuando son notorias las razones del juz-

gamiento. Si él es arreglado, el jenio mas impostor nada podrá hacer en su contra; si es injusto, nada mas conveniente que el que se conozca i se remedie; nada tan oportuno como que el juez se corrija, o que se aparte, si es necesario, de la majistratura el que no ha sabido corresponder a las obligaciones que ella le impone.

Despues de los fundamentos que hemos aducido para sostener la disposicion del proyecto, reservando otros muchos en obsequio de la brevedad, vemos ya que se nos opone la autoridad de la real cédula de 13 de junio de 1778, que es hoi la lei 18, título 16, libro 11, de la *Novísima Recopilacion*, por la cual se mandó no observar la práctica que habia ántes de ella de fundarse las sentencias. Si dirijiésemos estas observaciones a los jueces tratándose de observar las leyes existentes, haríamos acallar nuestra razon, dando solo lugar a la voz de la lei citada; pero, cuando nos dirijimos a los lejisladores que deben reformar nuestro sistema de procedimientos, conservando lo conveniente de las leyes que hoi lo arreglan, o quitando lo que no parezca adaptable, cuando hablamos al público, que ha de recibir esta reforma i conformarse con ella, debemos pasar mas adelante, i discurrir sobre las razones de la lei opuesta, para que se conozca si deben ellas influir en que se sostenga su disposicion, despreciándose el sistema proyectado.

La lei que nos ocupa, tuvo solo por fundamento para hacer cesar la práctica de fundar las sentencias el que no se diese lugar a las cavilaciones de los litigantes, que, insistiendo sobre las razones de decidir, consumian mucho tiempo en los litijios que con estas ocasiones promovian. Pero ¿quién no ve que este motivo es del todo insuficiente? Sean cuales fueren los fundamentos de las sentencias, i las impugnaciones de los litigantes; dése a las cavilaciones de aquéllos toda la extension que se quiera, ¿quién podrá decir que por estas cosas han de prolongarse los litijios consumiéndose en ellos el tiempo i costos que son consiguientes? Si la lei asigna a los juicios sus instancias, i despues de ellas no puede haber otra; si esas instancias tienen sus peculiares trámites i términos de los cuales no

se puede exceder, los litigantes podrán impugnar las razones de la sentencia, lo que no puede negárseles sin injusticia; pero de ningun modo estará en su arbitrio introducir trámites que la lei no designa, ni consumir mas tiempo que el que ella permite. Despues de esto, ¿a qué queda reducido el fundamento de la disposicion legal que se nos opone? ¿será justo, será equitativo, por una razon solo aparente, conservar la práctica de no fundar las sentencias, opuesta a la misma naturaleza, si bien se reflexiona? Tan clara consideramos la materia, que creemos hacer un agravio a nuestros lectores con solo pensar que, despues de una reflexion medianamente detenida, haya quien permanezca apegado a la práctica actual, i no se decida por la saludable innovacion del proyecto, cuyas observaciones continuaremos, ocupándonos del modo de proceder en el juicio práctico a que es correspondiente el título 5.° desde el artículo 236.

Nuestros lectores recordarán que sobre este particular ya emitimos nuestra opinion en uno de nuestros números anteriores tratando del fuero por razon de la cosa sobre que versa el juicio: allí apuntamos las razones que nos movian a opinar en contra de una nueva institucion que, sin dar mayores garantías a los ligantes, debe hacer el juicio mas pensionoso, mas difícil de expedirse, de mayores costos, i probablemente de peores resultados. Ahora insistimos en el mismo propósito, convencidos íntimamente de que la novedad del proyecto es absolutamente inadmisible; i aunque no logremos persuadir, manifestaremos al ménos, tal cual es, el fundamento de nuestra oposicion. La novedad del proyecto se reduce a que, llamando el juez los autos en primera instancia despues de la demanda, contestacion, réplica i dúplica, si encontrare que *la demanda es de la clase de las que deben decidirse en juicio práctico, proveerá que se proceda al reconocimiento del objeto disputado, sorteándose i citándose al efecto el jurado práctico.* Este jurado que ha de sortearse de entre la lista de la municipalidad respectiva, i debe componerse de dos individuos, o cuatro si lo exije la naturaleza del negocio, procede a tomar conocimiento de la causa desde el acto del sorteo

en union del juez hasta la resolucion de la cuestion o cuestiones de hecho que se ventilen, componiendo así un verdadero tribunal que dirije i preside el juez de primera instancia.

A primera vista, observamos en esta nueva institucion que ella quita mucha fuerza a una de las principales garantías, i que pudiéramos llamar la principal, que tienen en juicio los litigantes. Consiste esta garantía en la responsabilidad del juez, la que, no solo debe mirarse por el lado que afecta sus intereses o empleo, sino mui particularmente con respecto a la opinion pública, i consiguiente estimacion o mal concepto de su persona, que tanto i tan poderosamente afectan al amor propio i tan saludablemente influyen en el cuidado que los hombres públicos deben poner en el ejercicio de sus funciones. Bajo los dos primeros respectos, o bajo el último, miramos disminuida la responsabilidad del juez; porque no hai duda que ella se disminuye tanto mas, cuanto mas se divide. El hombre a quien solo se encomienda un acto, debiendo él solo responder por su resultado, ni tiene otros con quienes escudarse en sus defectos, ni tiene con quien repartir sus cuidados, o en quienes descuidar, para quitarse un tanto de la fatiga que siempre causa todo trabajo. Al contrario, aquél a quien se dan compañeros puede confiar en ellos, i aprovecharse mas de lo que conviniera de la asociacion para trabajar ménos de lo que era debido. Lo vemos así con frecuencia, i ello es mui propio de la debilidad de que mas o ménos todos adolecemos. Por otra parte, la nota que debe resultar por las omisiones, parece ménos sensible dividida entre otros, especialmente si, como sucede en los juicios, no puede saberse bien por quien ha estado el defecto; i así puede suceder, i sucede muchas veces, que, descuidando los unos en los otros, viene a ser jeneral el descuido i la neglijencia, i es consiguiente el desacierto en aquello que se puso bajo su cuidado. No sucede así cuando es uno solo el responsable, porque nada tiene que pueda hacerle descuidado ni omiso; i de consiguiente es mucho mas importante su atencion en aquello que él solo debe practicar i a él tan solo debe atribuirse, que esa atencion misma encargada a otros con quienes puede disculparse.

Es preciso, cuando se trata de los procedimientos que deben encargarse a los hombres, no considerar a éstos cuales deben ser, sino cuales ordinariamente son, i cuales puede hacerlos la malicia de que son susceptibles, poniéndose en los casos que caben en la posibilidad, para evitar los abusos que pueden cometerse. Un juez debe ser recto i no conocer accpcion de personas; pero puede faltar a su rectitud i querer extraviarse en el desempeño de sus obligaciones. Este extravío no es fácil cuando él solo ha de exponerse a sufrir sus resultados; pero, una vez decidido el ánimo a faltar a la justicia, si se le presenta la ocasion de hacerlo con impunidad, nada tiene que lé contenga. El sistema del proyecto, a nuestro modo de ver, abre a los jueces de mala fe un camino bastante fácil para cometer injusticias sin temor de resultados adversos. No nos equivoquemos: un juez que regularmente debe ser letrado tiene muchos arbitrios para inclinar al jurado a la decision que mas le acomode, aun cuando él ostensiblemente tenga un voto contrario; i si este caso puede suceder, ¿por qué ha de dejarse subsistente posibilidad tan perniciosa? ¿Por qué no ha de dejarse al juez que él solo juzgue segun comprenda, i no tenga a otros, por cuya mano, sin que ellos lo adviertan, pueda hacer triunfar su injusticia? ¿No basta solo el juez para comprender las cuestiones de hecho i ponerlas en su verdadero punto de vista? Pues si basta ¿para qué otros que tomen conocimiento de los hechos? Podrán ellos talvez proporcionarlo mayór al juez; pero ¿no podrán, i será lo mas regular i frecuente, embrollar mas el negocio, i hacer mas difícil la resolucion de las cuestiones? Consideremos desapasionadamente la materia, i convendremos en la mayor posibilidad de lo último. Continuaremos en el número siguiente demostrando lo demas que hemos insinuado en contra de los juicios prácticos segun los establece el proyecto.

XIII

Preguntábamos, al concluir el artículo del número precedente, si no sería lo mas regular i frecuente que, por el sistema de jurados, se embrollasen mas los juicios prácticos haciéndose

mas difícil su resolucion; i la respuesta afirmativa parece demasiado obvia, si se procede de buena fe, porque mucho ménos se necesita para que uno solo forme su juicio sobre alguna materia, que lo que se requiere para que convengan entre sí las opiniones de muchos i vengan a formar una sola por unanimidad o mayoría, cual conviene para que haya sentencia; pero, prescindiendo de esto, que es comun en todos los casos, i de que muchas veces prevalece lo ménos justo i razonable, por accidentes que reunen mayores votos, los cuales se cuentan i no se pesan; dejando todo esto aparte, decimos que, en el caso de que tratamos, no solo son frecuentemente temibles el embrollo i la dificultad en acordar, sino que probablemente la jeneralidad de los acuerdos debe ser la mas desarreglada. Dijimos ya, cuando por primera vez hablamos del sistema que nos ocupa, que la calificacion de los hechos no es siempre una operacion tan sencilla para la que baste un mediano discernimiento, o un conocimiento natural; por el contrario, pocas veces hai juicios, i casi ninguna tratándose de los prácticos, en que los hechos no sean mui oscuros, presentando talvez uno solo difíciles cuestiones que resolver ántes de llegar al descubrimiento de la verdad, cuestiones cuya decision piden un criterio no comun, un conocimiento mas que regular de la naturaleza i valor de las pruebas, i sobre todo mucha experiencia i tino, que rara vez se adquieren de un modo conveniente, sino despues de larga contraccion a los negocios judiciales, sobre principios sólidos, buenas nociones del derecho i mejores de una sana filosofía. Es verdad que se halla algunas ocasiones el discernimiento arreglado en algunas personas sin las cualidades dichas, pero esto es mui raro, i no debe entrar en cuenta cuando tratamos la presente materia.

Bajo las suposiciones del párrafo anterior, séanos permitido preguntar: ¿cuál es la copia de los hombres ilustrados con que contamos para que cada municipalidad tenga una lista de la que han de sacarse por suerte los jurados que se necesitan? Si miramos este punto con la circunspeccion que corresponde hallaremos que, no solo entre nosotros, sino tambien en naciones mas adelantadas, no será posible encontrar tanto núme-

ro de sujetos que basten a llenar el objeto de los meditados juicios; pero, echando la vista solo por lo interior de nuestra república, es preciso querer engañarse para no conocer que, cuando adoptásemos este modo de juzgar, no sería posible encontrar el número de hombres necesarios para el sorteo, con las calidades que son indispensables para poder descansar medianamente en su juicio. Rogamos a nuestros lectores consideren este punto con la detencion que merece; i que, despues de haber hecho una revista prolija de los individuos a quienes en muchas partes pudiera caber la suerte, decidan si estarian satisfechos con poner en sus manos las causas en que fuesen interesados. No se crea por un solo momento que tratamos de deprimir el concepto del país, en cuyo honor i progresos nos empeñamos i debemos empeñarnos por tantos títulos; conocemos demasiado a nuestros paisanos, vemos en ellos disposiciones las mas favorables para todo, i acaso les damos mas valor que a las de los hombres de otras rejiones; pero esto no quita que conozcamos una verdad, i es que, ni ahora, ni en mucho tiempo despues, tendremos la abundancia de sujetos que se necesitan para jeneralizar, como se quiere, el ejercicio de juzgar, para el cual ni nos prepararon nuestras habitudes pasadas, ni nos favorecen mucho las presentes. Éstas son siempre reguladas por las necesidades i por las distintas ocupaciones a que ellas impelen; i no puede negarse que, en un país naciente, donde las fortunas por lo regular no pasan de la medianía, los hombres en la mayor parte se ven precisados a fijar toda su atencion en los trabajos materiales que demanda su subsistencia i no pueden cuidar mucho en lo jeneral de instruirse como corresponde en la ciencia difícil i peligrosa de juzgar. ¿Cómo, pues, se quiere jeneralizar la facultad de ejercer la judicatura entre nosotros? ¿Podrá esto hacerse sin exponer los actos judiciales a los errores propios de la ignorancia e inexperiencia, a los embrollos i a las dificultades?

Hai todavía consideraciones que no deben omitirse, porque son demasiado poderosas entre nosotros. Cualquiera que conozca medianamente a Chile, sabe que la naturaleza de su localidad i la homojeneidad de la mayor parte de sus habitantes,

constituyen a su poblacion en el estado de una cadena unida con los mas estrechos eslabones, cuyas relaciones son por consiguiente extensas e íntimas en la mayor parte. Circunstancia es esta que demuestra no poderse encontrar, jeneralmente hablando, cuanta imparcialidad se necesita en los hombres que debieran entender en los juicios. Miremos el centro de la república, cual es su capital, donde se encuentra el mayor número de individuos; i a poco que advirtamos, encontraremos el imperio de las conexiones, por el cual vemos implicados muchas veces a los pocos sujetos destinados al ejercicio de la majistratura. Si salimos de aquí a las demas provincias i departamentos donde es menor la poblacion, encontramos por una consecuencia necesaria relaciones mas comunes i mas influentes, porque puede decirse que son raros los que no entran en la clase de parientes inmediatos, habilitadores i dependientes, acreedores i deudores, i lo que tiene mas poder, patrones e inquilinos, sin contar con el mayor número de amigos íntimos o enemigos capitales, que siempre abundan mas donde es mayor el contacto de los hombres por la mayor estrechez de su círculo. ¿Cómo querer encontrar así tantos hombres imparciales para ejercer la judicatura? ¿No se viene a los ojos que las recusaciones serian tan frecuentes i tan fundadas, que ni pudiesen dejar de admitirse, ni dejasen en muchos casos jurados en quienes pudiese hacerse el sorteo? ¿Por qué, repetimos, no dejar solo al juez pronunciarse i agregarle estos colegas respecto de quienes debia haber tales inconvenientes, aunque fuesen muchos los individuos entre quienes podian sacarse?

Acaso se nos quiera decir que procedemos con exajeracion, porque, no siendo tantos los negocios que demanda un juicio práctico, ni faltarian hombres para llenar las listas de las municipalidades, ni serian tantos los casos de implicancia que llegasen a agotarlas; pero, si se reflexiona que, en un suelo cuyos moradores tienen por principal ocupacion la agricultura, la mayor i mas considerable parte de las propiedades consiste en terrenos, se vendrá en conocimiento de que, si no la mayor parte de los juicios, al ménos una mui prin-

cipal, es de la naturaleza de los prácticos. En efecto, ¿cuántos no se ajitan en nuestros juzgados i tribunales sobre deslindes, internaciones, repartimientos i jiros de agua, apertura de nuevos canales, construccion de obras nuevas, i otros tan propios de la agricultura, cuyo aumento debe necesariamente hacer que sean mayores los motivos i ocasiones de litigar sobre los puntos insinuados? No se diga, pues, que los pocos casos necesitarán pocos jueces, cuando, por el contrario, la actual abundancia de aquéllos pide muchos de éstos, i debe pedir mas el progresivo aumento que no puede desconocerse.

Aduciríamos otras razones en apoyo de nuestra opinion que demostrarian cuánto es de temer, o mas bien, cuánto puede asegurarse, que de cien juicios prácticos los noventa i nueve serian perjudiciales a los litigantes; pero no todo puede decirse, i es preciso dejar algo reservado al conocimiento de los hombres instruidos i experimentados, quienes alcanzarán mui bien lo que nuestra moderacion deja de expresar.

Fijos, como estamos, en el concepto de que los proyectados juicios prácticos, sobre ser innecesarios, son los ménos adecuados para la expedicion de los negocios, i los mas expuestos a errores e injusticias, no encontramos la razon por que el proyecto, fiando demasiado sin duda en la bondad de tales juicios, considera en ellos cierto carácter de infalibilidad, en cuanto por el artículo 301 se establece que *la sentencia definitiva que se pronunciare por el juez i jurado en el juicio práctico es inapelable, i produce ejecutoria si la cuantía del pleito no excede de seis mil pesos.* Repetimos que no podemos alcanzar el motivo de esta singular disposicion, a no ser la infalibilidad del juez i jurado; pero al mismo tiempo nos inclinamos a creer que no sea esta la causa, porque no creemos que se hayan estimado falibles el mismo juez i jurado en los juicios de mayor cuantía, a los que se deja expedito el recurso, e infalibles en los de la menor. Sea como fuere, la disposicion nos parece monstruosa, porque, sobre las pocas garantías que ofrecen los juicios de que nos ocupamos, i la probabilidad de los malos resultados, vemos condenada a

la mayor parte de nuestros propietarios, i acaso de los mas interesantes, a perder sus propiedades, i acaso a ver perecer toda su fortuna al golpe de una sola decision de hombres, que, a mas de poder engañarse, como todos los de su especie, pueden errar mas que todos ellos en unos juicios por lo regular demasiado intrincados. Parece que no se ha considerado bien lo que importa entre nosotros una propiedad de seis mil pesos en bienes raíces; con una mucho menor sostiene un labrador honrado su numerosa familia, dejando regularmente en ella misma lo que se necesita para el establecimiento de otras tantas familias cuantos son sus hijos. El valor de seis mil pesos, aun en la inmediacion a las mayores poblaciones de nuestro estado, puede consistir i consiste regularmente en un terreno bastante para que puedan establecerse con una decente comodidad doce familias trabajadoras; véanse, si no, los pagos inmediatos a la capital. Si gradualmente nos vamos separando a los puntos distantes, iremos encontrando que ese mismo dinero es el valor de heredades mucho mas extensas, que con solo el trascurso del tiempo van adquiriendo mayor valor, i siendo susceptibles de mejores aplicaciones. ¿Por qué, repetimos, una sola sentencia es bastante para privar al perdido de bienes tan apreciables, i para quitar a la poblacion uno de los resortes principales de su aumento? Creemos precisamente que, cuando se dictó en el proyecto la disposicion que nos ocupa, no se tuvieron presentes estas consideraciones, porque no podemos imajinar que, habiéndose pensado de este modo, se hubiese dado lugar a una resolucion que, mirada bajo el aspecto que la presentamos, no puede excusarse de la nota de temeraria. Que por ella puede i debe en muchas ocasiones verificarse lo que hemos dicho, no puede negarse, porque en un juicio sobre deslindes puede quitarse toda una propiedad de la naturaleza expresada, puede hacerse enteramente inútil por el resultado de otro juicio sobre servidumbre, i pueden suceder otros casos igualmente perjudiciales. ¿Por qué, en negocios comunes de menor cuantía, se permite apelar en cantidades que no llegan a quinientos pesos, siendo las pérdidas ménos trascendentales, i en los juicios prácticos de tanta consecuencia no se permite

este recurso, sino excediendo de la cantidad de seis mil pesos, cantidad de grave consideracion si se atiende a la jeneralidad de las fortunas del país?

No encontramos en qué fijar nuestras conjeturas sobre este punto. Juzgamos que la causa de la mayor cuantía singularmente requerida en los juicios prácticos, ha sido el haber estimado mayores los costos del juicio, admitiendo una segunda instancia, que el provecho que resultaria de la revocacion de la sentencia; mas no creemos que los costos puedan ser de tanta magnitud que, por consideracion a ellos, se dejo al perdido sin remedio; i si ellos deben aumentarse, como es necesario, por la intervencion de jurados i demas novedades introducidas por el proyecto, esta será otra razon no ménos poderosa en que fundemos nuestra oposicion, porque siempre será cierto que no debe hacerse con mucho lo que puede conseguirse con poco, i que si, sin las novedades dichas, se han expedido sin inconvenientes los juicios prácticos, ántes que se introdujesen las otras novedades del actual reglamento de justicia, no debe hacerse otra cosa que volver al método ántes observado, pues aunque él no sea del todo perfecto, es ménos malo i ménos dispendioso que el que tenemos en el dia i mucho ménos del que el proyecto nos ofrece. Concluimos, pues, esta materia ratificándonos en el dictámen de que nada de cuanto se establece de nuevo sobre los juicios de que tratamos debe ser admitido; i si no nos engañamos, serán mui pocos los que no nos acompañen en este modo de pensar.

XIV

Concluimos el artículo del número anterior expresando nuestro dictámen en órden a los juicios que se llaman prácticos, reducido a que, ni debe admitirse la innovacion del proyecto, ni dejarse subsistente la práctica establecida por el reglamento que nos rije; i no podemos ménos que insistir en este propósito, recomendando a los lejisladores, de quienes esperamos una nueva organizacion judicial, que sus trabajos no olviden la absoluta abolicion de la novedad que introdujo

el expresado reglamento, i que ha puesto de tan mala condicion los juicios de que tratamos, i es en verdad uno de los males que se conocen en el presente sistema administrativo. A la forma que impugnamos, es aplicable todo cuanto hemos dicho en los números precedentes; i por eso los resultados han sido tales cuales los estamos tocando. Jueces poco expertos han calificado de juicios prácticos, los que no tenian la menor relacion con los de aquella clase; i otros jueces nombrados a consecuencia de esa calificacion han procedido regularmente como era de esperar de sus pocas nociones; i las resoluciones desacertadas, i las costas indebidas, sin contar con el dispendio del tiempo, han sido los amargos frutos que se han reportado con frecuencia de la institucion que sin duda pareció a sus autores la mas hermosa i justa.

Cuando esto escribimos, tenemos a la vista una causa que es ciertamente el mejor ejemplo de los errores a que ha dado mérito el actual modo de proceder en los juicios prácticos; i no queremos dejar de hacer una sucinta relacion de ella para que se conozca que no hablamos por meras conjeturas. En un pueblo de los primeros de la república, se inició causa por un propietario de terrenos, porque, habiendo vendido solo una cuadra, los compradores estaban en posesion de cerca de tres tantos mas. Las partes comparecieron en conciliacion; i los poseedores, sin negar que tenian mucho mas terreno que el de la cuadra comprada por sus antecesores, solo se excepcionaron con la expresion puesta, tratándose de uno de los deslindes, en que se decia que el fondo del terreno vendido, tenia su direccion hacia un punto dado, de lo que inferian, que hasta dicho punto debia extenderse la propiedad comprada. La cuestion, pues, quedó solo reducida a si la expresion de la escritura daba a los compradores derecho para extenderse hasta el punto designado, o si debian solo tener una cuadra medida desde el frente con direccion a dicho punto. Nuestros lectores conocerán que esta cuestion ninguna relacion tiene con la naturaleza de los juicios prácticos; pero, como se trataba de tierras, el juicio se declaró práctico; las partes fueron obligadas a nombrar jueces conforme al reglamento: estos jueces nombraron agrimenso-

res que hiciesen mensura i levantasen plano; i habiéndose seguido otros trámites inútiles, al fin vinieron a resolver sobre lo que no correspondia estrictamente a los jueces prácticos, a saber, que la expresion de la escritura no daba a los compradores el derecho que pretendian; i esta sentencia estaba apelada para otro juzgado práctico, segun el reglamento, en el cual juzgado aun se halla pendiente la resolucion, despues de haber consumido en costos talvez mas de quinientos pesos, gracias al modo de proceder establecido por el reglamento actual de justicia, pues, si él no hubiese existido, no habria venido a las mientes aun la idea de juicio práctico al conciliador, se habria decidido llanamente la única cuestion que presenta el negocio, i solo cuando se hubiese perdido por los compradores habria sido precisa la intervencion de un facultativo que midiese en ejecucion de la sentencia el terreno a que debian limitarse; i aunque el juicio hubiese tenido todos los trámites ordinarios, de ningun modo hubiera sido tan costoso.

Pudiéramos aducir muchos ejemplos como el anterior, los que no deben extrañarse, atendida la falta de nociones tan notoria en la mayor parte de nuestras provincias, cuando el suceso que hemos relacionado ha tenido lugar, como dijimos, en un pueblo recomendable, i ambas partes han tenido abogados recibidos por defensores desde su principio hasta su actual estado. Repetimos lo que tantas veces hemos dicho en el discurso de nuestras observaciones, a saber, que siempre seremos enemigos de novedades, por mui hermosas que aparezcan, como ellas no sean absolutamente necesarias para asegurar el esclarecimiento de la verdad i el acierto en las resoluciones, porque estas novedades son siempre expuestas a inconvenientes de mucho bulto, i siempre o regularmente no pueden adoptarse sin graves perjuicios por la jeneralidad. Repetimos tambien uno de los principios que sentamos por base de las mismas observaciones reducido a que si fuese posible que todos los negocios se juzgasen por unos mismos jueces i de un mismo modo, esto sería lo mas conveniente; pero que en nada debia trabajarse tanto, como en no multiplicar sin necesidad los juzgados, i bajo estos principios pregunta-

mos: ¿por qué formar un cuasi fuero distinto, e introducir tanta novedad en el modo de proceder sin necesidad alguna? ¿No son bastantes, i ménos dispendiosos, los trámites que siempre hemos conocido en juicios de deslindes, de denunciacion de obras nuevas, i demas que puedan enumerarse entre los prácticos? ¿Por qué hacer mas difusas i complicadas nuestras leyes con multitud de artículos innecesarios? ¿Por qué exponer tan probablemente a personas poco instruidas a incidir en involuntarios errores, i aun a las instruidas al peligro de ser equivocadas? Confiamos en que no dejará de verificarse la abolicion en que hemos insistido, acaso con nimiedad, pero no sin disculpa; porque, conocidos los males, miéntras no se remedien, es preciso argüir contra ellos, aunque sea con importunidad.

En lo restante del proyecto, solo a dos puntos se reducirán nuestras observaciones, i con ellas daremos fin al trabajo de que nos hemos encargado, porque, excluyendo los dos puntos dichos, encontramos el mayor arreglo i las decisiones mas justas i oportunas en todos los artículos. El primer punto a que hacemos referencia, es la nueva institucion de los tribunales domésticos comprendida desde el número 837 hasta el 849 inclusive, en la parte que proviene al juez llamar individuos de la familia que tomen parte con él en los juicios de las personas que expresa ligadas con las relaciones de marido i mujer, padres e hijos, curadores o tutores. Los individuos de una familia, si son buenos para mediadores, son los ménos recomendables para jueces. En la jeneralidad de los juicios, los parientes son repelidos justamente del oficio de juzgar por la natural afeccion que debe suponerse en ellos respecto de su relacionado, pues esta misma razon milita con mayor fuerza en los casos de que tratamos. Si fuese la equidad un don inseparable de los hombres, ya podríamos imajinar que todos ellos amaban del mismo modo a sus parientes inmediatos; pero, siendo mui raros los que se encuentran estrictamente equitativos, siempre se nota que el afecto se inclina mas a unos que a otros, siendo casi imposible encontrar una persona para quien ciertos individuos de su familia, por una de tantas cir-

cunstancias que pueden ocurrir, no tengan mas aceptacion que los otros, debiendo tenerse presente que las afecciones entre parientes inmediatos son regularmente mas poderosas, así como los odios pueden ser entre ellos por lo comun mas refinados. ¿Cómo, pues, constituir a los parientes jueces de sus parientes, i particularmente en negocios domésticos, que tanto afectan e influyen en el órden de la vida? Nos atrevemos a decir que un juicio desapasionado en casos semejantes sería el mas raro fenómeno que pudiera presentarse.

Si a mas de lo dicho consideramos que los negocios familiares decididos por los parientes, necesariamente deben cargar sobre el que decidió la odiosidad de la parte agraviada, debe ser éste otro principio que nos haga abstenernos de la innovacion del proyecto. Cuando los asuntos de familia han llegado al punto en que es preciso sacarlos del recinto doméstico para que sean arreglados de un modo judicial, es siempre en circunstancias de no poderse ya acomodar de otro modo, cuando los males han echado raíces, cuando los motivos de queja son demasiado graves, i cuando los que han dado esos motivos se hallan talvez demasiado obstinados, porque creen en la mayor parte de las ocasiones que les asiste razon para ello. En tales casos, es mui difícil, al ménos ántes que pase algun tiempo, la conformidad con una resolucion adversa; i de aquí las animosidades, las expresiones denigrativas, los chismes que dan mas valor a aquellas expresiones, i la reproduccion de nuevos males dentro de las mismas familias, en que regularmente se suelen suscitar partidos con ocasion de las disensiones intestinas, los cuales adquieren siempre mas vigor del que pudo pensarse en los principios, i de pequeñas cosas llegan a formarse males de mucha trascendencia. ¿Por qué exponer a las familias a unos resultados tan funestos, pero probablemente precisos, del sistema propuesto? ¿No es bastante un juez para decidir en las disensiones familiares, que quieren sujetarse al conocimiento de estos nuevos tribunales? ¿Por qué se quiere comprometer a los parientes a pronunciar de un modo público su juicio, i hacerlos que experimenten por lo regular un fuerte choque entre la afeccion i el deber, en que

muchas veces éste queda vencido? Tome enhorabuena el juez los informes necesarios de los parientes i domésticos, oiga, si se quiere, sus consejos i avisos; pero no se dé a estas personas tan inmediatas una autoridad judicial que ofrece tantos inconvenientes.

Reparamos mas en la institucion que nos ocupa; i es que, segun el artículo 884, el juez, conociendo de las disensiones domésticas, *por sí, o procediendo con los asociados o asociado, tiene autoridad para decretar un arresto o reclusion hasta por sesenta dias, o un destierro del lugar a doce leguas a su circunferencia hasta por seis meses, auxiliando la potestad del padre, del tutor o marido con arreglo a las disposiciones que expidiere.* Convenimos desde luego en que la autorizacion dada por este artículo al juez es justa, saludable i conveniente, cuando se trata de hacer respetar la autoridad del padre o del tutor respecto del hijo o del pupilo; pero, en nuestra opinion, no le autorizaríamos del mismo modo tratándose de disensiones entre los cónyujes, porque las relaciones que hai entre éstos son mui diferentes, mui delicadas i de mui distintas consecuencias. Un arresto de sesenta dias, i lo que es mas una separacion de seis meses, debe ser en los mas casos, especialmente tratándose de personas de clase, el principio de grandes disturbios, talvez la pérdida del cariño conyugal i una perpetua separacion del matrimonio, porque la amistad no se suelda una vez quebrada, i no puede dejar de padecer fractura entre los esposos, cuando se llega a estos términos: todo lo que entre aquéllos no compongan o remedien la persuasion i las medidas mas suaves, es perdido i solo sirve para poner de peor condicion las quejas. Por otra parte, un hijo o un pupilo contra quienes se dictan las medidas expresadas, mui poco pueden perder en su reputacion; i sus yerros, regularmente imputados a su edad poco reflexiva, pueden remediarse i aun borrarse enteramente, con una conducta posterior; pero el honor de una mujer casada que padece aun con el hecho solo de comparecer ante el juez, sufre las resultas mas perjudiciales con providencias aun mucho menores, como ellas sean un tanto coercitivas, i no

pueden tomarse sin graves causas, consideradas no del modo breve i sumario que el artículo propone. Hai mas, la separacion por término de seis meses, envuelve un divorcio temporal, que ni corresponde a la autoridad civil, ni puede dictarse sin motivos de mucha consideracion conocidos por medio de un juicio no conforme al que se designa para los negocios leves. Somos, por tanto, de dictámen que, si se ha de dar al juez la facultad de que tratamos, sea solo para los dos casos que hemos expuesto.

El segundo punto que nos ha parecido digno de observarse, es el contenido del artículo 853 en la parte que faculta a los jueces de abasto para imponer multa hasta la cantidad de doscientos pesos, condenar a presidio o reclusion en prision hasta por seis meses, i todo sin perjuicio de la apelacion que concedieren si la materia es criminal,o sin apelacion si la causa es civil, segun el artículo 856. Aunque creemos que estos majistrados deben estar autorizados de tal suerte que puedan contener los excesos que regularmente se cometen respecto de los objetos puestos a su cuidado, las multas i las condenaciones personales nos parecen excesivas para unos funcionarios que deben conocer breve i sumariamente, i que deben estar mui expuestos por lo mismo a la falta de atencion, a la imprevision i al poco acuerdo que casi siempre siguen a la brevedad de los procedimientos. Doscientos pesos entre nosotros no forman una cantidad despreciable, especialmente entre la mayor parte de las personas que trafican en los puestos de los abastos; lo es mucho ménos una prision o condenacion a presidio por seis meses en que se priva al individuo de su libertad i del fruto de su trabajo; pero es incompar ablemente ménos digna de desprecio la pena infamante de cincuenta azotes, que, si es sensible haber de aplicarla, no debe hacerse sin una causa formada i sin una meditacion detenida. Estamos mui distantes de querer favorecer el vicio, siguiendo el partido de aquellos exaltados declamadores contra las penas; pero quisiéramos que la aplicacion de éstas sea correspondiente, no solo en su cantidad, sino en el modo, a los males que se quieran evitar; i mirando bajo estos principios las penas del artículo, no podemos

conformarnos con ellas. El juez de abasto, para hacer respetable su autoridad, i para que se consigan los fines que las leyes se han propuesto en la creacion de estos juzgados, tiene todo lo bastante con la facultad de aprehender a los delincuentes i ponerlos a disposicion del juez que convenga en todos casos, a excepcion de aquéllos tan tenues, que no merezcan la pena de la demora; pero no pueden ser de esta naturaleza los que demanden unas condenaciones tan dolorosas i tan ofensivas al honor, circunstancia que debe entrar en cuenta, aun cuando se trata de la clase mas abyecta; pues cada hombre tiene a su modo el suyo, i conviene fomentar estos sentimientos en los que parezcan mas abandonados. Si el mal que ha de seguirse de un exceso puede precaverse con la prision del que lo cometió, ¿por qué ha de imponérsele tambien desde luego el castigo i no se ha de mandar al juez ordinario para que lo juzgue? ¿Por qué, talvez, se le hacen recibir de contado cincuenta azotes, que no dejará de cargar, por mui favorable que sea la resolucion de la apelacion que interponga? Sobre todo, estamos demasiado convencidos que estas autorizaciones son siempre abundantes manantiales de aquellos actos arbitrarios que vulgarmente llamamos alcaldadas. Autorícese a los jueces de abasto conforme al artículo, i ¿será mui extraño que un juez nimiamente violento o enemistado mande dar cincuenta azotes a un honrado ciudadano, talvez sin motivo alguno? No lo creemos imposible, ántes bien mui hacedero, porque todo puede temerse de los hombres en la exaltacion de las pasiones; i las leyes deben ponerse en los casos posibles, para no dar lugar a que se verifique. Esperamos por todo que se modere, como conviene, el rigor de los mencionados artículos.

Hemos dado fin a nuestras observaciones, en las cuales nos hemos dirijido únicamente a aquellos puntos mas notables, dejando muchas cosas en que la crítica solo habria producido el fruto de inútiles cuestiones, que podrian ser un principio de entorpecimiento a la sancion tan justamente deseada de una lei sobre procedimientos judiciales. No creemos, sin embargo, haber alcanzado a conocer todos los inconvenientes que puede producir la lei proyectada; pero nos atrevemos a afirmar que, si no

todo lo no observado, su mayor i mejor parte es lo mismo que se encuentra dispuesto en nuestras leyes, aunque en muchas cosas se hallaba desusado entre nosotros por corruptelas i abusos, que es necesario extinguir. Rogamos, con todo, a las personas intelijentes e interesadas por el buen órden, suplan lo que hayamos omitido, o escriban enmendando aquello en que talvez habremos errado; porque nos interesa sobre todo el acierto con que se ponga el último sello a una parte de la lei que debe afianzar el ejercicio de nuestros derechos i con él asegurarnos los bienes todos que podemos buscar en la sociedad.

(*Araucano*, año de 1836.)



ESCRIBÀNOS

I

Concluidas nuestras observaciones al proyecto de reglamento de justicia, i hallándonos firmemente persuadidos de que en el próximo período de la presente lejislatura deberemos al patriotismo de nuestros representantes una lei que nos es tan necesaria, nos ha parecido oportuno ocuparnos de algunas materias conducentes a los justos fines de aquella lei, porque de nada serviria que los procedimientos judiciales se mejorasen por la lejislacion, si quedaban arbitrios para eludir las disposiciones de los jueces, i la malicia podia encontrar medios para triunfar impunemente.

Entre los puntos interesantes a este respecto, nos parece que debe tener preferencia el ministerio de los escribanos, pues su oficio tiene tanta parte, no solo en los juicios, sino en los títulos por que éstos se promueven. En el escribano, descansa la fe pública, siendo un ministro constituido especialmente para dar testimonio de la verdad. Es igualmente el escribano el encargado de llevar el órden o la historia de los procesos, cuyos pormenores son tan interesantes, pues muchas veces un corto atraso o una pequeña anticipacion en las fechas causan perjuicios enormes, un corto descuido en la foliacion puede hacer que se injieran o quiten documentos, i la omision de una dilijencia que pareció acaso de poca importancia, produce demoras ocasionadas por los artículos o causa nulidades del todo insanables.

Es el escribano el sujeto que extiende los contratos, i que, si no tiene mucho cuidado en el ejercicio de esta delicada funcion, puede todos los dias causar males irreparables, por falta de lo que debe saber para estar advertido i advertirlo a los contratantes, por no conocer el valor de las expresiones, i usar de las que dejan un sentido ambiguo, o talvez de las que admiten una intelijencia del todo contraria a lo que se quiso expresar en la estipulacion, por omitir cláusulas que son esenciales a los contratos, i por otras muchas causas, todas independientes de aquella malicia, que hace abusar torpemente del oficio con manifiesta quiebra de la verdad, i conocido fraude.

Sobre todo, es el escribano el depositario de la confianza pública. En sus protocolos, conserva cuanto pueda considerarse preciso para hacer efectivo el cumplimiento de los pactos i de las otras disposiciones de los hombres; i en sus archivos, los procesos, en que se interesan nada ménos que el honor, la vida, la hacienda i la quietud de los particulares, i todo cuanto puede contribuir al bien del estado. Con dificultad, podrán señalarse depósitos mas preciosos i estimables, que los que están confiados a los escribanos; i difícilmente tambien pueden figurarse males mayores que los que pueden causar tales ministros, abusando manifiestamente de esta confianza, o descuidando corresponder a ella con la debida exactitud, no teniendo toda aquella vijilancia que deben prestar por sí mismos, i descansando en hombres viciosos, ignorantes o descuidados, por cuyo medio se hagan suplantaciones en las escrituras, se adulteren los testamentos, se desfiguren los contratos, se extravíen los mas interesantes documentos.

No acabaríamos si hubiésemos de continuar tratando de las obligaciones de estos ministros públicos, i de las terribles consecuencias que son resultados necesarios de su falta de cumplimiento. Cuáles deban ser las calidades de los que se encargan de un ministerio tan recomendable; cuáles sus aptitudes, su pureza i desinteres, es consiguiente de la importancia de sus destinos i de la grandeza de los objetos a que se terminan. Si los principios de urbanidad i todas las maneras

propias de una educacion esmerada son necesarios en los que se destinan al servicio del público, nadie los necesita mas que un escribano dedicado a un empleo por cuya consecuencia ha de tratar con todas las clases de la sociedad en las cosas mas delicadas, que mas ajitan las pasiones, i en que, por lo mismo, es necesaria a la vez la docilidad, la firmeza siempre, algunas ocasiones el prudente disimulo, en todas, la franqueza propia de la verdad, i en cualquiera circunstancia la moderacion i decencia en las acciones i en las palabras.

Sobre las calidades ya apuntadas, deberia desearse que los que hubiesen de ser admitidos al oficio de escribanos, despues de haber pasado por una prueba seria de su calidad i conducta, fuesen hombres de mediana fortuna, i radicados en el país por medio de alguna propiedad inmueble, porque estas circunstancias hacen al hombre mas dedicado al cumplimiento de sus obligaciones, mas adherido a su estimacion, mas temeroso de contrarios resultados, i son por lo mismo una garantía que asegura la persona. Por otra parte, recordamos, que, segun la expresion de una lei de Partida, *la gran pobredad enjendra gran codicia*, *que es raíz de todo mal*, i por este principio, rechazaríamos siempre del destino de escribano al pobre por el hecho de serlo. Nada es mas justo que auxiliar a los pobres, i proporcionarles medios para salir de su inopia; pero es preciso que los medios sean adecuados, i que no los pongan en peligro de obrar mal, i de hacerse todavía mas infelices. El oficio de escribano es mui expuesto a ciertas tentaciones, en que los pobres peligran con mas probabilidad, pues, segun dijo un sabio, nada hai a que la necesidad no impela, porque nada cree que le es vedado i torpe. El que, no teniendo fortuna, i sintiendo las privaciones propias de su falta, se ve halagado de un pronto cambio de suerte, con solo prestarse a una accion, que, aunque torpe, debe quedar en silencio, necesita mucha virtud para no ser vencido. Casos hai en esto que llegan a tocar los términos del heroísmo, pero no podemos lisonjearnos de encontrar muchos héroes. Es, pues, preciso, que los que se dedican a la profesion de escribanos, tengan de qué vivir independientes de ella, para que se consideren, en cuanto

es dable, libres de los asaltos que pueden hacer a su debilidad los cohechos, los servicios i obsequios, por los cuales, o falten gravemente a la fe, o tengan al ménos consideraciones i condescendencias, que en ellos las mas veces deben ser absolutamente prohibidas.

No es preciso esforzarse mucho para demostrar que, a mas de lo dicho, deberia exijirse al escribáno un caudal de conocimientos no vulgares, no solo de aquella rutina, de que se usa en nuestras escribanías, i de lo que es necesario para extender bien un contrato, última disposicion o cualquier otro instrumeato, recibir una prueba de testigos i otras cosas; sino de la gramática de su idioma, de la propiedad de las voces i del mòdo de escribirlas, no ménos que de regulares principios de aritmética, pues de todo esto necesita para saber i poder desempeñar su oficio con arreglo i verdad. No son las escribanías, donde se encuentran unos jóvenes, que, niños recien salidos de la escuela, fueron puestos a copiar de cualquier modo los protocolos, no son estos lugares, tales cuales se encuentran entre nosotros, los talleres mas a propósito para formar escribanos instruidos, como conviene que sean; ántes, por el contrario, observamos, que en aquellas oficinas adquieren vicios en lo respectivo a instruccion, de que no es posible talvez separarlos en toda su vida. Para dar una idea de la justicia con que formamos una conjetura que acaso parecerá exajerada, no tenemos mas que remitir a los curiosos al exámen de la mayor parte de los escritos que en el dia salen de los oficios de los escribanos, entre los cuales no será fácil encontrar alguno sin gravísimos defectos en ortografía, defectos que proceden del poco cuidado que se pone en este particular en oficinas en que no se trata de enseñar a hablar ni escribir, porque se supone que los que entran en ellas deben saber uno i otro; i como, por lo regular, segun ya hemos dicho, entran niños recien salidos de la escuela, principian con los defectos que tuvieron en la enseñanza, siguen sin tener quien los repare, i continúan hasta llegar a ser maestros de otros a quienes van comunicando los mismos defectos, para que los cometan regularmente mayores. De esta suerte, creemos que, en el es-

tado actual de nuestras escribanías, deberia tenerse el haber estado en ellas por la recomendacion mas desfavorable para ser escribano, miéntras no llegue a ponerse un arreglo cual conviene, arreglo que estimamos necesario.

Los escribanos bien educados, con suficiente fortuna, i con la instruccion bastante, deberian ademas tener mui marcada su responsabilidad, i ésta asegurada de manera que en ningun caso dejase de hacerse efectiva. Nuestras leyes contienen a este respecto diferentes disposiciones, pero muchas no están en uso, otras son inadaptables, i faltan no pocas que sería mui conveniente establecer, así para cautelar los abusos, como para que, despues de cometidos, no queden sin castigo. Es a la verdad lo mas digno de lamentarse, que, siendo los escribanos hombres como todos, pero con mas posibilidad de cometer desaciertos de tanta importancia, sean tan débiles las trabas que los sujetan, i no tengan cómo responder por los males que puedan causar.

No tratemos ahora de un hombre abandonado en quien resalten los vicios, adquiridos talvez desde su primera edad, por el mal ejemplo que recibió de sus mayores, o por el descuido que se tuvo en su educacion. No de aquel que desde pequeño se ejercitó en las trapazas de ocultar papeles para recibir de los interesados la propina ofrecida al que los encuentre; que siguió revelando los secretos que se le encargaron, i haciendo otras picardigüelas tan fáciles de practicarse por los aprendices de la rutina, i que, creciendo en edad, entró con las mismas mañas a servir un oficio que debió a un solo exámen de las obligaciones principales del escribano, i puso en ejercicio con ventajas mayores sus aprendidas habilidades. No nos detengamos en el que ha perdido los últimos restos del pudor, i se deja ver en público con los distintivos de la mas envejecida i degradante embriaguez. No queremos persuadirnos a que haya entre nosotros hombres tan corrompidos, i si llegase a haberlos, el remedio es mui sabido; semejantes individuos no deben, por un solo momento, permitirse en destinos tan delicados, i nuestros tribunales no podrian tolerarlos sin desmerecer la justa opinion que tenemos de su conducta funcionaria;

ellos serian, pues, luego depuestos i alejados de cuanto puede decir relacion con el foro. Nuestras miradas deben dirijirse únicamente a los hombres buenos para cuidar de que no se conviertan en malos, i a los intereses que están a cargo de ellos para que no padezcan detrimento por las faltas que puedan cometer o por las que ya hubieren cometido.

II

Decíamos en nuestro número último que no tratábamos de ocuparnos de aquellos vicios enormes que pueden tener lugar en los ministros de fe, porque es imposible que descubiertos, ellos dejen de ser prontamente escarmentados con las penas establecidas por las leyes, i ántes de todo con la destitucion del oficio; i por esto nos ceñiremos solo a aquellas faltas que, o son efecto de pocas nociones o de descuidos i neglijencias en el ejercicio, o cuando sean maliciosas, pueden atribuirse a los principios dichos, i quedan por eso sin el conveniente castigo, sin enmienda para lo sucesivo, i talvez sin la debida reparacion del daño inferido.

A tres clases podremos reducir el ejercicio de los escribanos: a la actuacion judicial, otorgacion de instrumentos i custodia de los archivos. Discurramos ahora sobre cada una de estas funciones. En las primeras, los defectos son mas fáciles de advertir, porque las partes interesadas en los juicios son otras tantas guardas que tiene el escribano para velar sobre sus operaciones; i aunque en algunas causas que se sigan de oficio, no hai regularmente partes que puedan ajitar con empeño ni reparar con cuidado, suponemos que los jueces i ministros públicos que en tales juicios deben intervenir, cumplan con sus deberes, i que si no lo hacen, la autoridad encargada de velar sobre la conducta funcionaria de los empleados de la administracion de justicia hará efectivas sus responsabilidades; sin embargo, no creemos que deje de necesitarse la intervencion de la lejislatura para dictar providencias que prevengan los abusos. A nuestro juicio, debia dictarse una disposicion que conminase a los jueces, cuando ménos con la

pérdida de su destino, por la menor omision que tuviesen en hacer efectivas las penas impuestas a los escribanos i las que de nuevo se impusiesen; i para que no hubiese disculpa, desearíamos que cada falta tuviese su pena detallada, i todas estuviesen reunidas en una instruccion que deberia de nuevo hacerse para arreglar i uniformar la conducta de los actuarios: por ejemplo, una pena tendria el que omitió una citacion, otra el que retardó la presentacion de un escrito, el que fué omiso en foliar el proceso, el que tomando unas declaraciones incurriese en el defecto que de tiempo a esta parte notamos con frecuencia, de no poner la razon del dicho del testigo, contentándose con decir, a tal pregunta responde que es cierta o falsa; el que faltase a la obligacion impuesta por las leyes de sentar en el proceso los derechos que ha cobrado bajo su firma; i en fin, otras muchas que es necesario precaver.

Sobre todo, nos parece que debe la lejislatura tomar providencias las mas adecuadas: primero, para prevenir que se suplanten fojas en los procesos, lo que puede hacerse mui bien aunque ellos se encuentren foliados. Para esto, sería oportuno mandar que el juez rubricase al márjen cada foja, pues el número puede ponerse de cualquier modo sin que se advierta. Segundo, para que ningun actuario quebrante el precepto legal de franquear procesos, sino a personas autorizadas para sacarlos, estando en estado, i sin la conveniente especificacion, no solo del número de fojas, como únicamente se hace en el dia, sino de las escrituras i demas documentos que contienen, distinguidos por el número de ellos, segun expresamente previenen las leyes. Esta falta debe repararse tanto mas, cuanto es doloroso el ver que se pierdan autos corrientes, que de ningun modo deberian extraviarse, quedando en las oficinas el conocimiento, ni disminuirse, dejando en el mismo conocimiento expresado el número de fojas i de instrumentos que contienen i la expresion del sujeto para quien se sacan, no ménos que la providencia que motiva la salida i el trámite último en que se llevan. De este modo, nunca puede dudarse del último destino que los autos tuvieron, ni haber de ellos aquella incertidumbre que ocasiona tantas dilijencias a la vez, i lo que es peor, con

ofensa manifiesta de la moral pública, obliga no pocas ocasiones a pedir censuras eclesiásticas contra los ocultadores. Frecuentemente llegan a nuestros oídos las quejas de estos hechos, i nos admira cómo no hai una persona determinada contra quien dirijirse en tales casos, i se camina a tientas llegando, por último, a impetrarse una conminacion i una pena contra inciertas personas. Si hai en el libro de conocimientos partida viva del último que los llevó del oficio del escribano, ¿por qué no perseguir a éste, i cargar sobre él la responsabilidad? Si no la hai, ¿por qué no perseguir al escribano, hasta obligarle a entregarlos o satisfacer el interes de la parte, sin perjuicio de la privacion de su oficio? Esta pena debia ser indispensable resultado de la pérdida de unos autos corrientes, porque nunca puede suceder una en que el escribano no pueda dar razon sin culpa suya, o de los sujetos de que se sirve, de cuya conducta no puede ménos que ser responsable, porque de otro modo era necesario renunciar a la seguridad que se le confía. Estamos seguros de que, procediéndose del modo dicho, no se oiria sino mui rara vez una pérdida de autos, porque entónces el libro de conocimientos no estaria a disposicion de los escribientes, sería un depósito sagrado para los escribanos, i no se practicaria en él chancelacion que no fuese firmada de su mano, o de otro compañero especialmente deputado por autoridad competente para suplir sus enfermedades i ausencias: con tanto cuidado, con tanto respeto debe mirarse un libro en que se tiene la razon del destino de los procesos; i la visita de este libro debe ser uno de los objetos mui principales de las que se hacen a las escribanías, debiendo estar designada una multa al escribano que no lo conserve bajo su llave, que no tenga puestos los conocimientos con la debida claridad, o los admita sin la firma de quien llevó los papeles, o no firma sus chancelaciones, porque es mejor castigar i contener esta desidia que castigar los efectos de ella, los que, por otra parte, pueden ser de tanta consecuencia que hagan mui infructuosa la responsabilidad del escribano.

Como la integridad de los autos, no solo puede padecer por fraudes, sino tambien, segun frecuentemente vemos, por el

mismo uso de ellos, i esto puede dar ocasion a que de un modo insensible se vayan dilacerando acaso con estudio, estimamos necesario lo tercero, i es que se mande a los escribanos usar de una cautela que hasta el dia de hoi no ha ocurrido entre nosotros; pero que no parecerá importuna a quien tenga conocimiento de papeles, i haya reparado cuánto padecen las primeras i últimas fojas de los autos, de modo que algunas, o se rompen del todo, o quedan en estado de no poderse leer, al ménos sin mucha dificultad, notándose igual detrimento en los últimos renglones de las cabeceras de la mayor parte de las fojas, especialmente de las que sobresalen, lo que es mas frecuente en el dia por la notable diferencia de los tamaños de los papeles. Contra este mal, pues, que no deja de ser considerable, encontramos un remedio mui fácil, i es que, a mas de las tapas de papel, se pongan desde los principios a los procesos grandes tapas de badana, a manera de las que se ponen a los protocolos, i que para esto se establezca un derecho especial, que deban satisfacer aun los declarados por pobres para litigar, asignándose a los escribanos una cantidad anual, que no puede ser de mucha consideracion, del ramo de multas judiciales, para las causas de oficio. Parecerá nimia esta ocurrencia, pero, en nuestra concepto, es de no pequeña importancia; i si está tan a la vista el desgarro que experimentan los cuerpos de autos con el uso, no hai por qué extrañar que propongamos un reparo a tan poca costa.

Reparadas así las faltas que pueden orijinarse del descuido de los escribanos i sus dependientes, aparente o real, desearíamos precaverlos de los escollos a que pueden precipitarlos el trato continuado i la familiaridad con los litigantes, i precaver al público de los males que se orijinan de esa familiaridad, por la cual hai hombres que insensiblemente contraen el hábito de vivir la mayor parte del tiempo en las escribanías con olvido del trabajo i total contraccion a pleitos; quisiéramos que se prohibiesen a aquellos ministros las largas visitas en sus oficios de todas personas, pero mui particularmente de los litigantes que tienen ante ellos sus causas, porque nada hai mas fácil, con un trato frecuente i familiar, que el que se va-

yan introduciendo afecciones, tomándose conocimiento de las debilidades que a ningun hombre faltan, de los flancos por donde puede entrarse a corromper el corazon, i de las armas mas a propósito para batir su fortaleza. Por otra parte, los oficios de los escribanos deben ser los lugares del secreto; i no es posible guardarlo de quien a todas horas está en aquellos sitios, sin otra ocupacion que acechar cuanto se hace. ¡Qué de males no pueden enumerarse procedidos de estas indebidas visitas estacionarias! No queremos hablar de los obsequios, porque son demasiado sabidas las prohibiciones que hai de admitirlos, i porque no podemos imajinar que hombres dedicados a la distinguida profesion de escribanos, a la profesion de la justicia i de la equidad, se rebajen i envilezcan admitiendo dones que pervierten el corazon de los prudentes i ligan las palabras de los justos, lo que convendria disponer en el ejercicio de la segunda clase de sus funciones.

Queríamos pasar adelante, pero no podemos ménos que detenernos inculcando sobre la necesidad de quitar esas tertulias que regularmente se forman en algunas escribanías, tertulias tan contrarias al sosiego que debe reinar donde se encargan negocios tan delicados, i donde concurren los ciudadanos a depositar confianzas que ninguno quiere hacer extensivas a mas de aquéllos que son necesarios. Muchos hai que se retraen de aquellas oficinas, aun cuando la necesidad les urje porque lleguen a ellas, sin otro motivo que huir de una caterva de hombres mal ocupados, los cuales siempre son justamente temidos. Se alegará acaso que esta concurrencia es inevitable, porque los interesados han de ir necesariamente a saber de sus asuntos, lo mismo que los contratantes a verificar sus contratos; pero, ¿es necesario tanto tiempo para imponerse del estado de un negocio? ¿Son tantos los que concurren a otorgar instrumentos de tal manera urjentes, que no puedan separarse de las escribanías miéntras se concluyen? I cuando esto hubiese, ¿estará bien que entablen grandes conversaciones con los oficiales, tomen en sus manos papeles que no les importan i causen un verdadero desórden? Las escribanías deberian estar puestas en tal situacion, que los trabajos de

ellas estuviesen en una verdadera separacion de los concurrentes; i en nada debia ponerse tanto cuidado para que fuese cada una de ellas uno de los lugares en que se guardase mas respeto, i que lo infundiese con su solo aspecto. Si se mira la importancia de oficinas cuyos objetos son tan sagrados, se convendrá en nuestro propósito. Esperamos que, cuando se proporcione una ocasion favorable, se destinarán lugares respetables i propios para establecer los oficios de los escribanos con todo el decoro que les conviene.

Mui poco tendremos que advertir en órden a la segunda clase de funciones, que consiste, segun dijimos, en el otorgamiento i autorizacion de las escrituras, porque, suponiendo a los escribanos instruidos i de buena fe, ellos sabrán cómo deben proceder en cada caso que se les presente, i tendrán cuidado de consultarse con oportunidad en aquello que les presente dudas; ellos tendrán cuidado de no omitir cláusulas sustanciales en los instrumentos, de hacer a los interesados las advertencias propias de su oficio, de respetar las fórmulas, i de no ser lijeros para omitir muchas, porque les parezcan anticuadas, o por acomodarse a un laconismo que en su oficio suele ser perjudicial, porque, sin bastante instruccion de parte de quien lo aplica, pueden en muchas ocasiones defraudar los escritos de las voces que les fueren mas necesarias, i que acaso influyen en la esencia de los actos.

Quisiéramos, con todo, que se encargase a los ministros de fe el cuidado de que, en los casos en que deben ponerse testigos, tuviesen especial cuidado de que ellos fuesen informados de los contratos, testamentos u otros actos en que intervienen para que pudiesen dar razon de ellos cuando fuese necesario. Desearíamos que estos testigos no fuesen, como son muchas veces, de mera fórmula, i por lo mismo que especialmente se mandase, que los escribientes de la misma escribanía no pudiesen ser testigos en los instrumentos otorgados por ella, a excepcion de aquél de cuya letra fuese escrito el instrumento.

Como ninguna seguridad está de mas, deben tomarse todas las posibles, principalmente aquéllas que no causan dispendio. Partiendo de este principio, quisiéramos que los instrumentos

constantes de mas de una hoja fuesen rubricados por los otorgantes en todas ellas, exceptuando la de la autorizacion en que deben sentar sus firmas, porque de este modo habria una mayor seguridad, i una cautela mas contra los arbitrios de que la malicia es susceptible.

No dejaremos de decir algo sobre el cuidado que debe encargarse al escribano con el rejistro corriente de escrituras, pues siendo tan importante debe ser tan exacto en su manejo, que no lo confíe a persona alguna, por mas calificada que sea. Suelen los escribanos mandar recojer firmas con sus oficiales, i éstos llevan el rejistro. Prescindiendo de que solo en un caso de imposibilidad puede tolerarse el que no se concurra a las escribanías a firmar, el escribano, i no otro, debe llevar su rejistro en casos semejantes, para evitar los abusos que de lo contrario pueden cometerse i que la experiencia desgraciadamente nos ha acreditado que no son imposibles. Lo que dejamos dicho en órden al libro de conocimientos, tiene mucha mas aplicacion respecto del rejistro. En arca cerrada con llave, de que use solo el escribano, debe custodiarse, porque de cualquier exceso solo el escribano debe responder. Tan conforme es lo que decimos al espíritu de las leyes, que las de *Partida* quieren que el escribano por sí escriba los contratos, i solo se valga de otro cuando no pudiese hacerlo, lo que da a entender bastantemente cuál es el cuidado que debe ponerse en todo lo que dice relacion con la seguridad de los instrumentos que se le confían.

III

Aun nos resta algo que decir en órden a los escribanos. El arreglo i custodia de su archivo son uno de los puntos que deben llevar su principal atencion, i que gravan mas su responsabilidad. Si tienen alguna importancia las cosas sobre que se litiga i las decisiones que declaran su propiedad, si vale algo el honor vindicado por un juzgamiento, i la condenacion impuesta por otro debe servir de ejemplo i escarmiento, todo lo que importa la conservacion de estos procedimientos judi-

ciales con cualquiera respecto a los particulares o al público, todo pende de la fiel i cuidadosa custodia de los archivos. Si ha de haber una constancia de las estipulaciones i de las últimas voluntades de los hombres, para que puedan mandarse cumplir, si han de conservarse noticias de la disolucion de los pactos i chancelacion de los instrumentos en que se expresaron, si por este medio han de excusarse litijios del mayor bulto i de la mas grave trascendencia, la integridad de los archivos públicos es la única garantía que puede presentarse. No acabaríamos si quisiésemos enumerar todos los grandes e importantes fines a que necesariamente se dirije la conservacion de esos grandes depósitos de los hechos mas interesantes i que mas afectan a todo lo que conocemos mas necesario i mas precioso en la sociedad.

A vista de todo, admira ciertamente el estado actual de la mayor parte de nuestros archivos, pues exceptuándose los de las oficinas de los ministerios i de hacienda, creemos que los demas ofrecen no pocos reparos. Los exceptuados, con todo, no dejarán de haber sufrido algun detrimento, por los inevitables contrastes de la revolucion. Contrayéndonos a los de las escribanías, casi no podemos mirarlos de otro modo que como una suma de papeles sin órden, que han ido acopiando muchos hombres sin el cuidado conveniente, i sin saber talvez su verdadera importancia. Cuando al pasar por las escribanías miramos los archivos al descubierto, sin puerta ni llave, colocados los papeles en estantes de donde puede cualquiera tomarlos, i en una pieza que es regularmente la única de la escribanía, donde todo el dia no puede estar el escribano, i donde han de estar por precision escribientes de ninguna responsabilidad, al paso que se admiten por desgracia muchos ociosos estacionarios, cuando observamos todo esto, ni nos son extraños los desfalcos que han padecido los archivos, ni dejamos de admirar cómo se conserva alguna cosa de ellos.

Muchos de nuestros lectores deben recordar que hubo tiempo, i tiempo de órden, en que, por la escasez de papel, se llegó a hacer artículo de comercio el de los archivos, i que, descubierto este trato cuando ya habia progresado mas de lo que

debiera, se vinieron a encontrar los fragmentos de los protocolos sirviendo de cubierta a los dulces i a las pastas de chocolate. ¡Cuántos interesantes documentos se perdieron para siempre! Dió entónces impulso a una maldad tan trascendental el buen precio del papel; i todos los dias puede darlo el buen precio a que se compren los papeles que se quieran extraer del lugar en que están custodiados, porque *¿quid non argento?* Para evitar estos males, hasta la fecha no se ha dictado un remedio; i todos los dias se repiten las quejas de no encontrarse los autos que se afinaron en tal oficio, la escritura que se otorgó en el otro; pero hemos visto padecer extravíos aun de los testamentos que se han dejado cerrados en poder de los escribanos, i causa no pequeños temores el no encontrarlos, no ménos que gastos de consecuencia para suplir sus faltas, cuando esto ha podido hacerse.

Si propusiéramos el establecimiento de un archivo jeneral, al que se trasladasen todos los papeles que hai en las escribanías, con el órden mas estricto i el método mas claro, i al que se debiesen ir llevando todos los autos afinados i los protocolos que los escribanos concluyesen todos los años; si pidiéramos que esta importantísima oficina estuviese a cargo de un empleado dotado mas que regularmente para que pudiese afianzar su responsabilidad, i que tuviese los oficiales necesarios para expedirse; si esto quisiésemos, no sería querer mucho, considerada la importancia del objeto. No creemos que esta oficina tuviese mas de tres mil pesos de costo en su planteacion, ni pasase de seis mil en su gasto anual, i ¿qué es esto, considerados los bienes que de ella deberian seguirse? Con ninguna cosa puede pagarse bien la seguridad de los instrumentos públicos; pero, despues de esta seguridad, se conseguirian las siguientes ventajas: primera, tener un gran rejistro, que podia hacerse por años, i órden alfabético de materias i nombres de todo lo que contienen los archivos, falta que en el dia es de mucha consideracion, que cuesta en el año no pocos pesos a los que quieren tomar noticia de algunos hechos o saber el paradero de algunas escrituras, i ha hecho un negocio verdadero conocido por el nombre de *buscas*, en

que se cometen no pocos fraudes; segunda, no serian tantas las incertidumbres sobre hechos antiguos, las mas veces interesantes, i que, por el estado presente de los archivos, están olvidados bajo el polvo de ellos; tercera, no serian tantas las demoras i vejaciones que sufririan los interesados en la solicitud de sus documentos; cuarta, los mismos escribanos, desprendidos de una parte de sus cuidados, tendrian mas tiempo para contraerse al desempeño de sus otras obligaciones, i cuando tuviesen que dar testimonios de asuntos pasados ante ellos, o pertenecientes al archivo peculiar a su oficio, ocurririan a sacarlo al archivo jeneral, con conocimiento del jefe de aquel establecimiento, lo que daria una nueva garantía a los traslados auténticos. Pero, todas estas ventajas, al ménos por ahora, es preciso sean miradas como puras teorías, porque no vemos modo de que pueda formarse entre nosotros un establecimiento tal como el que hemos bosquejado, i que podia recibir no pequeña complicacion i servir a otros objetos, todos de la mas alta importancia para los intereses públicos i particulares, no ménos que para la historia del pais. En ésta, apénas puede darse un paso sin exponerse a errores; i es bien extraño que en el corto tiempo que ella abraza, presente tantas incertidumbres. No sería así si los archivos estuviesen con el arreglo debido.

No pudiéndose, pues, adoptar el pensamiento que nos ha ocurrido, ni debiendo empeñarnos en cosas que, aunque de pronto nos parezcan bien, pueden en su práctica ofrecer tropiezos que no habíamos previsto, nos limitaremos a proponer las reformas que están indicadas por la misma naturaleza i estado de las cosas, i que no ofrecen temor alguno de imposibilidad en la ejecucion. Estimamos, pues, absolutamente necesario, que los escribanos tengan el archivo en la misma pieza en que ellos despachan, separados, como debe ser, de los escribientes, i del tráfico de los que concurren a los oficios. Que a mas de esto, se les obligue a conservar los papeles de dichos archivos en armarios con puertas cuyas llaves conserven en su poder, para que no estén, como están en el dia, los papeles a disposicion de todos. Que no se permita por los escribanos a persona alguna rejistrar los archivos; i solo puedan confiar este rejistro a sus ofi-

ciales mayores, quienes deberán tener las calidades convenientes.

Se nos dirá acaso que, si no se permite a los interesados rejistrar los archivos, la mayor parte de lo que se busca quedará sin encontrarse, especialmente si se trata de cosas algo atrasadas, i se nos dirá mui bien, si se trata del estado presente de los archivos, pero en el estado que los queremos, i que deben tener, no hai necesidad de que los interesados, ni otros por ellos, se tomen esa pension. Los escribanos deben tener un cumplido inventario de todos los papeles que están a su cargo, porque nada habria mas extraño que el que fuesen ellos obligados a responder, i no se supiese de qué cosas debian ser responsables; pero este inventario debe ser prolijo para evitar toda confusion, i concebido de tal modo, que pueda con brevedad darse noticia de lo que se quiere saber para que no sea preciso revolver todo un archivo entero cuando se quieren buscar unos documentos. Una de las cosas en que mas debe fijarse la atencion, es en obligar a los escribanos a tener del modo que hemos dicho inventariados sus archivos, i a presentar una copia de los rejistros o inventarios, a la que vaya agregándose todo lo que se fuere aumentando, de modo que haya por donde formarles cargos si ocurren algunas faltas; de este modo solamente creemos que podrá haber un regular arreglo, i podrán tenerse las noticias que sean necesarias, sin tener que mendigarlas de individuos que se hacen pagar al precio que quieren i siempre con antelacion al hallazgo, i que las mas veces dan nociones inexactas de los instrumentos que se solicitan, siendo de notar que se encuentren estas noticias en los que no son escribanos, i que éstos, por lo regular, den mui poca razon de sus archivos.

Las medidas que dejamos apuntadas, cautelarán sin duda los extravíos i evitarán la confusion i desgreño que causan el olvido de documentos no extraviados; pero no podrán aun con todo precaverse enteramente esos males, si ya que no se adopta un archivo jeneral, no se establece al ménos una oficina jeneral de rejistro, de todas las sentencias que se dan en los pleitos, de los contratos que se hacen, de los testamentos que

se otorgan, i en fin, de cuanto se custodia en los archivos. Establecida esta oficina de rejistro jeneral, todos los escribanos tendrán obligacion de pasar diariamente una razon de la parte dispositiva de las sentencias judiciales i de lo sustancial de los contratos i demas instrumentos que pasaban ante ellos; podrian anotarse igualmente muchas cosas importantes de todas las oficinas del estado; i se proporcionaria un resguardo en el último caso a los que por accidentes imprevistos perdiesen los documentos de su interes. Repetiremos lo que hemos dicho ya: es mucho lo que importa la conservacion de los derechos i ningun sacrificio debe creerse grande cuando se trata de ella. Podemos asegurar que, si este cuidado se hubiese puesto con anticipacion, no habrian experimentado tantas pérdidas los particulares, ni la hacienda pública habria sufrido perjuicios irreparables, que, a nuestro modo de ver, son de la mayor consecuencia.

Para acercarnos a la conclusion de este artículo, en que nos hemos detenido mas de lo que pensábamos, diremos que, no pudiéndose llevar a efecto cuanto justamente debe exijirse de los escribanos, sin que éstos tengan manos auxiliares de toda satisfaccion, es de absoluta necesidad que al ménos los oficiales mayores sean personas calificadas por los tribunales, donde deban acreditar su honradez i aptitudes; i siendo así, desearíamos que a estos oficiales se autorizase para aquellas dilijencias que los escribanos no puedan practicar por sí, a fin de que pudiesen hacerlas con expresa órden del juez, i de este modo se acabasen entre nosotros los oficios de receptores, contra los cuales hai prevenciones tan antiguas, tan justas i fundadas, que ya no podrá de modo alguno depositarse en ellos la confianza pública, por mas honrados que sean los que se dediquen al desempeño de estos cargos.

Por último, recomendamos la necesidad de que los tribunales se ocupen en considerar los aranceles de derechos, i que fijen uno con toda claridad i especificacion, obligando a los escribanos a tenerlo a la vista del público en sus oficios, como es de lei, para que se eviten cobranzas indebidas, o sospechas de que se han hecho de este modo.

Miéntras hemos escrito lo que consideramos preciso para establecer el arreglo posible en las escribanías, nos ha ocurrido que pueden objetársenos las pocas obvenciones de los escribanos, como un obstáculo para exijir de ellos todo lo que se quiere. Contra esto, decimos que ni los ingresos son tan escasos, ni lo que se pide, i es conforme a las leyes, es tan dispendioso; pero, cuando fuese, convendria entónces disminuir el número de los escribanos, pues valdria mas tener pocos buenos que muchos malos, i entónces los ingresos serian mayores; pero si fuese necesario aumentarlos con alguna asignacion, deberia ésta hacerse de fondos municipales con preferencia a muchos de los gastos a que estos fondos están afectos; i siempre sería esta una ganancia para los pueblos, pues aunque su ornato público es tan necesario, lo es todavía mas la seguridad de los ciudadanos que los forman, i la moralidad que a toda costa i con preferencia a todo debe introducirse i conservarse.

(*Araucano*, año de 1836.)

INDULTOS

Nada influye tanto en el órden público, i en la seguridad de los bienes, del honor i la vida de los ciudadanos, como la aplicacion de las penas establecidas por las leyes contra los que, atacando los mas sagrados derechos del hombre en sociedad, se hacen justamente reos de delitos, que, si quedan impunes, se multiplicarán cada dia, causando los males que son consiguientes. Por esto, las leyes no han dejado al arbitrio del juez la imposicion de las penas, i las han detallado para que una vez esclarecidos los hechos se siga necesariamente su aplicacion, en que no es dado dispensar al oficio del juez, que si tuviese esta facultad se constituiria en árbitro, i podria agravar muchas veces las desgracias de los mismos culpados. Pero, como no siempre puede guardarse todo el rigor de la lei, ni ésta pudo prever todos los casos al tiempo de dictar las penas, fué necesario ocurrir al arbitrio del indulto, para que en los casos extraordinarios pudiese tomarse un temperamento de equidad, disminuyendo el rigor de la pena, sin dejar defraudada la justicia.

Para depositar la facultad de indultar a los delincuentes, no se halló ni pudo hallarse otra autoridad, que la del supremo majistrado de una nacion, así porque ella debe ser la fuente de donde emanen todos los actos de clemencia, como porque, debiendo tener los mejores conocimientos de las personas i de lo que conviene al órden público, i estando separado de sus

atribuciones todo procedimiento judicial, ella sola puede expedirse en tan delicado ejercicio con el celo, pulso i tino que convienen, para que la relajacion de las penas no dejenere en impunidad, i procediéndose en ella con el arreglo debido, ceda, como deben ceder todos los actos de la administracion, al mayor bien del estado.

Es mui fácil concebir que, si la lei ha dejado al supremo gobierno la facultad de indultar, no lo ha constituido árbitro en el ejercicio de esta sublime prerrogativa, porque esto equivaldria a constituir superior a las mismas leyes, a quien en este caso no es sino el destinado para ser su intérprete, declarando que las circunstancias de los hechos i las personas justifican la moderacion del castigo, quedando salva la decision de aquéllas.

Hai verdaderamente casos en que la justicia dicta moderar el rigor; i fuera de ellos no puede concederse el indulto, porque solo la justicia, i en ningun caso la voluntad sin motivos calificados, puede dispensar esa gracia. Un ciudadano que por mucho tiempo dió ejemplos de virtudes públicas i privadas, otro que habia prestado eminentes servicios a la patria, son acreedores de justicia a que se les considere, cuando, en uno de aquellos momentos desgraciados para la humana flaqueza, cayeron en crímenes en que talvez no tuvo tanto influjo la malicia como la debilidad. Aquél que, por un conjunto de circunstancias, aparece culpado sin serlo, en cuya contra debe justamente recaer el fallo de los tribunales, sin que sea dable hacer pública su inocencia, exije mas imperiosamente que en su favor se expida un indulto, lo mismo que otro para quien, atendida la calidad de la persona, sería la pena impuesta por la lei, incomparablemente mas grave que para los hombres comunes; pero, saliendo de estos casos, i de otros igualmente extraordinarios, nada hai mas absurdo que pretender el indulto, i nada sería mas impropio de la suprema autoridad que concederlo.

La facilidad en prestarse a estas gracias, al mismo tiempo que las despoja de toda su excelencia, i les quita el aprecio que justamente merecen, hace de ellas otros tantos actos viciosos, contrarios al espíritu de la lei de que emanan, destructores del

del sistema penal, i extremadamente gravosos a la sociedad, que debe sentir los efectos de la impunidad de los delitos.

Si en los indultos no ha de tenerse consideracion a las extraordinarias circunstancias que hemos puesto por ejemplo u otras de su clase, ¿quién no ve las fatales consecuencias que resultan? Prescindiendo de que no hai facultad legal para indultar sin haber motivo justo, ¿no podrá quejarse el delincuente, a quien se le niega por falta de esos motivos, cuando ha visto que sin ellos se ha otorgado la gracia a otros? I cuando el indulto se haga comun, ¿cuál será la gracia que se dispense al hombre que se habia hecho acreedor a ella por sus méritos i virtudes? ¿Por qué ha de perderse uno de los estímulos que deben hacer al ciudadano virtuoso i meritorio, dispensando al que fué siempre criminal las consideraciones que debieron reservarse tan solo a la virtud i al mérito?

Si los indultos son inconsiderados, fáciles i frecuentes, ellos deben entrar precisamente en el cálculo de los criminales, para seguir con mas franqueza en la carrera de sus delitos. ¿Qué importa que la lei conmine con severos castigos, si sobre el vicio del corazon que se decide a atropellarla, se pone la esperanza de eludir, por medio de un indulto, la pena que podia contenerlo en los límites de la justicia?

De las reflexiones que acabamos de hacer, i de otras que no nos parece necesario estampar, deducimos que en nada debe tomar tanto empeño el supremo gobierno, como en cerrar la puerta a las desmedidas pretensiones de indultos, que, por un abuso de la lei que los autoriza, han llegado a ser ya un recurso ordinario en las causas criminales, pues regularmente no habrá un reo a quien los tribunales condenen, que no se presente solicitando ser indultado, i en particular aquéllos que por crímenes atroces, talvez repetidos, han sido condenados al último suplicio. No se crea que queremos quitar al supremo majistrado de la república sentimientos de compasion, ni los rasgos de clemencia, que en ningun ciudadano deben relucir mejor. Solo queremos que ellos vayan siempre nivelados por la justicia, porque sin esta virtud son quiméricas las demas; i la clemencia mal entendida es una crueldad verdadera, tanto

mas perjudicial, cuanto mas encubierta. El que por una aparente compasion deja impune al malvado, sobreponiéndose a las leyes, sacrifica, con una temeridad imperdonable, a las inocentes víctimas de los delitos que él vuelva a cometer, i de los que cometan otros desgraciados bajo la salvaguardia de la debilidad en la aplicacion de los castigos.

Gracias al tino i justificacion que presiden en todos los actos de nuestro gobierno, hemos visto hasta aquí la mas arreglada economía en las disposiciones de los indultos; pero, como a pesar de ella, no se corta el mal de las continuas pretensiones, i sobre todo, el de las esperanzas, que tanto perjuicio causan a la moral pública, desearíamos que las peticiones dirijidas con el objeto de que tratamos, examinadas previamente por el presidente de la república con su respectivo ministro, si no son de la clase de aquéllas que deban tomarse en consideracion, se devuelvan inmediatamente, sin llevarlas al consejo de estado, así para que no quiten el tiempo que es tan necesario para otros negocios de la mayor importancia, como por que conozcan todos que los indultos deben ser raros, i que nunca puede lisonjearse de obtenerlos el vicio, por mas que apure los resortes de la astucia o la sorpresa.

(*Araucano*, año de 1836.)



RESPONSABILIDAD

DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA

En las fluctuaciones a que se hallan expuestos la voluntad i el entendimiento de los hombres por el choque de las pasiones i de los errores que afectan a la especie humana, ninguna institucion mas provechosa para las sociedades que la responsabilidad de los funcionarios encargados de la ejecucion i de la aplicacion de las leyes. Sin ella, los abusos del poder en cualquier ramo de la administracion no tendrian freno; i cuando esta absoluta arbitrariedad no destruyese la existencia misma de la nacion, minaria los principios mas importantes de su vitalidad, que consisten en la libertad i en la seguridad de los individuos. Estas preciosas garantías necesitan una salvaguardia; i a la conservacion de ellas debe convertirse con preferencia la atencion de los gobiernos representativos, cualesquiera que sean las diferencias de su constitucion. Las monarquías constitucionales, del mismo modo que las repúblicas, no ven nunca en ejercicio una prerrogativa mas protectora de los derechos del ciudadano, que la facultad de enjuiciar a un funcionario por el mal uso de la autoridad que la lei ha depositado en sus manos.

Mas es preciso reconocer una verdad importante: los pueblos son ménos celosos de la conservacion de su libertad política, que de la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son

infinitamente ménos importantes, que los que aseguran su persona i sus propiedades. Ni puede ser de otra manera: los primeros son condiciones secundarias, de que nos curamos mui poco, cuando los negocios que deciden de nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor i de nuestra vida, ocupan nuestra atencion. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del estado al cuidado i a la conservacion de sus intereses i de su existencia, i que se sienta mas herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufrajio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes.

Si estas observaciones se verifican en todas partes, porque en todas partes es el mismo el corazon humano, i unos mismos los resortes que le mueven, en ninguna encuentran una aplicacion mas exacta, que en los pueblos que componen el continente americano. Despojados durante el coloniaje de toda especie de derechos políticos, completamente ciegos en el conocimiento de ellos, tanto por la organizacion de la sociedad a que pertenecíamos, como por el tenaz estudio de nuestros dominadores en no dejarnos abrir los ojos a la luz del saber i de la civilizacion, no considerando en nuestra patria mas que el lugar que la naturaleza nos habia designado para arrastrar nuestra existencia, i viviendo mas para nosotros que para esa patria, debemos necesariamente ver, mas tibio que en otros pueblos en que la libertad ha echado profundas raices, el amor a nuestras prerrogativas políticas, esto es, el espíritu público. En los momentos de la lucha de nuestra independencia, la exaltacion que produjo la revolucion de ideas, i las ardientes esperanzas de un porvenir nuevo i verdaderamente lisonjero, pudieron inspirarnos entusiasmo suficiente para conquistar a todo trance nuestra emancipacion. Pero este entusiasmo se extinguió con la consecucion del grandioso objeto a que se dirijia; i elevados al rango de naciones con las mismas costumbres i con las mismas preocupaciones del coloniaje, no hemos podido todavía crear por los derechos políticos el interes que solo se debe al conocimiento

de ellos, conocimiento que no puede haberse adquirido, sino con mucha limitacion, en el corto período de nuestra existencia política.

No nos sucede lo mismo con nuestros derechos civiles. Hemos sido hombres, aunque no hubiésemos sido ciudadanos; hemos tenido vidas que defender i propiedades que guardar, aunque hayamos carecido del derecho de elejir nuestros representantes. Cualquier obstáculo, pues, que impida el ejercicio libre de nuestra libertad civil, cualquiera ultraje a ella, nos son infinitamente ménos llevaderos, que las trabas con que se encadene nuestra libertad política; i las leyes protectoras de aquélla producen un bien a que damos mil veces mas valor que al que resulta de las que protejen la segunda.

Ninguna entre ellas mas conservadora de nuestras garantías civiles, que la responsabilidad de los individuos del poder judicial. Destinados a ejercer el ministerio público que tiene con nuestros intereses el roce mas inmediato, llamados a decidir nuestras disputas pecuniarias, i por consiguiente, a disponer de nuestros bienes, a lavar las manchas con que injustamente se quiera empañar nuestro honor, i a castigar los ataques hechos a nuestra seguridad, i a nuestra conservacion, tienen en sus manos una espada, que no podríamos ver esgrimir sin espanto, si las pasiones o la ignorancia pudieran manifestarse impunemente.

Mas de todos los encargados de la administracion de justicia, ninguno se halla investido de una autoridad mas peligrosa, que los jueces de primera instancia. Ellos son los que dirijen la discusion del negocio contencioso que se somete al conocimiento de los tribunales; ellos los que investigan la verdad, enriqueciendo el proceso con todos los datos que conduzcan al esclarecimiento de ella, i que habilitan a los jueces superiores para averiguar la rectitud con que se ha juzgado; ellos los que dirijen la prueba, que es la base sobre que reposa el acierto de los juicios. I quien tiene a su cargo funciones tan delicadas, ¿cuántos peligros no ofrece en el ejercicio de ellas, si llega a dejarse arrastrar por la parcialidad o a cegarse por el error? Nada mas fácil que dar al proceso un jiro que oscurezca los

derechos lejítimos; nada mas fácil que multiplicar los trámites de manera que entorpezcan, cuando no aniquilen, una accion; nada mas fácil que embrollar la prueba, recargarla de circunstancias inútiles, no reducirla al punto preciso de la cuestion. Esta facilidad se aumenta considerablemente, si fijamos la atencion en el vasto campo que abren a la malicia las disposiciones de nuestros códigos, viciosos mas que en todo, en lo relativo a los trámites i a las pruebas. Los unos ofrecen dilaciones a que constantemente se acoje la mala fe; las otras se producen de una manera inquisitorial, que no permite que el activo interes de las partes ejerza su eficaz influjo en el esclarecimiento de los hechos. Si como en los países que tienen en mas perfeccion la administracion de justicia, gozase entre nosotros el patrocinador de una causa de la facultad de dirijir a los testigos presentados por la parte contraria las preguntas necesarias para la averiguacion de un hecho, o a lo ménos de indicar al juez tal o cual interrogacion durante el exámen de un testigo; si el numeroso concurso que presencia aquellas solemnes actuaciones pudiera tambien entre nosotros formar un juicio exacto de la causa en litijio; si los jueces, convertidos en blanco de las miradas de todo un pueblo, hallasen en tan saludables instituciones un valladar inexpugnable contra todo jénero de injusticias; el ciudadano honrado i pacífico tendria entónces las mas seguras garantías para la conservacion de sus derechos. Entre nosotros, por el contrario, en el exámen que el juez haga de un testigo, no debe haber presente, por la lei, mas persona que el escribano; i ni es fácil, ni aun posible, prever en la formacion de un interrogatorio todas las circunstancias i todos los nuevos caminos de prueba que se ofrezcan durante el exámen, ya por una contestacion anfibolójica, ya por tal o cual mutacion que se observe en el semblante del testigo, ya por el embarazo en que se le ponga al dirijírsele una pregunta; ni evitar la oportunidad que se presenta a un testigo sobornado para producir un testimonio falso, no hallándose mas que a la presencia de dos hombres, cuando por el contrario temblaria al encubrir o al disfrazar la verdad, teniendo a todo un público pendiente de sus labios.

Vicios tan notables, i vicios que afectan la parte de procedimientos que constituye verdaderamente el arte de enjuiciar, entorpecerian sobre manera el uso expedito de los derechos civiles, i tendrian en continuos e inminentes riesgos la libertad i la seguridad individual, si se agravasen sus consecuencias con la irresponsabilidad de los jueces.

Mas nada adelantaríamos con una institucion que sirve de escudo a nuestras primeras garantías, si el celo de los tribunales superiores no se contrajese a ponerla oportunamente en ejecucion. A ellos corresponde por la lei el exámen de las actuaciones hechas por los juzgados de primera instancia; i nada mas a propósito que ese exámen para conocer la rectitud con que ha procedido el juez, i para reprimir cualquier abuso cometido en el ejercicio de su autoridad. No llenarian su mision, sino de una manera mui imperfecta, contentándose con decidir sobre la cuestion principal sometida a su conocimiento, i con reparar las injusticias hechas en un fallo, sin evitar con la declaracion de la responsabilidad, cuando haya lugar a ella, una grave infraccion de lei hija de la malicia o de la ignorancia, igualmente perniciosas en el desempeño de tan importante ministerio.

I sobre ningun tribunal pesa tanto este deber como sobre la excelentísima corte suprema de justicia, que, poniendo en ejercicio, sobre todo, en las causas criminales sometidas a su conocimiento, la superintendencia correccional que le concede el artículo 96 de nuestra constitucion, puede facilitar la ejecucion de la responsabilidad i hacer mas eficaz este remedio saludable. Nunca es mas importante su aplicacion, que cuando se trata de correjir un error nacido de la arbitrariedad o de la desidia en la administracion de la justicia criminal, que, versándose sobre los intereses mas caros de los hombres, puede ocasionar terribles e irreparables males, con las infracciones que se comentan al ejercerla. A la ilustracion del tribunal supremo, no se ha ocultado, sin duda, esta verdad incuestionable; i el conocimiento de ella ha excitado el celo que le distingue en el cumplimiento de sus deberes, consagrando una escrupulosa atencion a la conducta de los jueces en las causas criminales,

i haciendo efectiva una de las mas benéficas atribuciones que le señala el código político. Miéntras que, en el todo o por parte, se sanciona i plantea el de procedimientos en proyecto, que determina con mas puntualidad i precision la responsabilidad de los jueces de primera instancia, confiamos en que el celo i tino de la corte suprema hagan cesar el peor de los males que ha producido la impunidad de los jueces, a saber, la corrupcion de las costumbres.

(*Araucano*, año de 1836.)

OBSERVANCIA DE LA LEI

Si la observancia de las leyes es tan necesaria que sin ella no puede subsistir la sociedad, ésta impone una obligacion estrecha a cada uno de sus individuos de cumplir con lo que respectivamente le corresponde; i no hai títulos, no hai consideraciones bastantes que los releven de esta obligacion, desde la primera autoridad hasta el encargado mas subalterno, ya se considere la administracion jeneral de una república, ya el poder de administrar justicia, desde el dueño de la mayor fortuna hasta el mas destituido de facultades. Desde el que se halla en el colmo de los honores i distinciones hasta el mas oscuro habitante comprende el imperio de la lei; i todos son ante ella iguales, porque la regla de justicia i equidad que mide a todos, es una misma, sin que pueda admitir variaciones esenciales, por mas que sea distinta la condicion de las personas.

Los mismos encargados de dar las leyes, el gobierno supremo a quien corresponde sancionarlas, están ligados en el ejercicio de sus altas funciones a leyes que no pueden traspasar; porque, si bien una disposicion legal puede derogarse, miéntras ella subsiste, por ninguno debe respetarse tanto, cuanto por aquéllos que, infrinjiendo las leyes, no harian otra cosa que minar las mismas bases sobre que su autoridad descansa. Un emperador romano que se juzgaba superior a las leyes, decia: *aunque no estemos ligados a las leyes, vivimos*

con ellas, sentencia digna de tenerse siempre presente, i que demuestra la necesidad en que se hallan aun los encargados de gobiernos despóticos, de tener leyes, de respetarlas i cumplirlas, porque en esto se interesa nada ménos que su existencia política. ¿Cuánto mayor será esta necesidad en gobiernos regulares, de donde debe estar mui distante todo lo que sea proceder por arbitrio propio? La lei, pues, debe ser la divisa de los lejisladores i de los gobiernos; la lei la que anime las operaciones todas de los encargados de tan sublimes funciones, porque ellas pierden todo su esplendor, su valor i su influencia en el momento que la lei deja de dirijirlas.

Es todavía, si cabe, mucho mas fuerte la sujecion a las leyes en los encargados de administrar justicia. Los individuos en quienes está depositada esta gran confianza de los pueblos, no pueden en su desempeño separarse de las leyes; i por mui poderosas que sean las razones privadas que les asistan para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, todas deben callar, no debiendo oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por la razon ántes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta, que de ningun modo podian consignarse a la eleccion de una voluntad sujeta a variaciones i extravíos. Puede muchas veces parecer al juez una lei injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinion apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, i puede ser que no se equivoque en su concepto; pero, con todo, ni puede obrar contra esa lei, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarian las decisiones, sino por las particulares opiniones de los majistrados. Los que conocen bien la gravedad de su destino, i sus verdaderas atribuciones, son por lo dicho solícitos de examinar las disposiciones legales, de darles su verdadero valor, i despreciar toda interpretacion siniestra, toda doctrina que no se encuentre en verdadera consonancia con ellas; i éstos son los que cumplen del mejor modo con los grandes cargos anexos al tremendo oficio de decidir sobre la fortuna, sobre la vida i el honor de sus semejantes.

Inútil parece decir que, estando el juez de tal modo ligado

a la lei, que no puede separarse de ella, por mas convenientes i justas que parezcan las razones en contrario, esa misma atadura debe hacerle que prescinda enteramente de personas, cuando se trata de aplicar las leyes. Dijimos que nos parecia inútil detenernos sobre este particular tan sabido, como que en él consiste la esencia del oficio del juez; pero, a pesar de todo, lo hemos recordado, porque de este principio creemos sacar consecuencias no poco importantes a favor de los majistrados, del modo digno con que deben proceder en el desempeño de sus destinos, del acatamiento i buena voluntad con que deben ser recibidas sus decisiones; porque, si bien es tan sabido que el juez no puede separarse de las leyes por respeto de las personas, nada es tan frecuente como el querer inclinar a las personas las leyes i los jueces, i descargar a las veces contra éstos, los efectos de un infundado enojo, porque, oyendo los preceptos de las leyes, no escucharon los importunos clamores de los individuos.

Si es el juez, repetimos, esclavo de la lei, si sobre ella no tiene arbitrio, si nada es tan opuesto a su oficio como la aceptacion de personas, se sigue que nada puede ser tan reprobado como querer inclinar el ánimo de los jueces por otras vias que no sean aquéllas establecidas i justificadas por el derecho. No queremos hacer mérito de aquéllas que a primera vista chocan con la razon i la decencia, el cohecho, los obsequios, los servicios de importancia. Otros medios se emplean que por la misma razon de ser mas decentes, son mas difíciles de repeler, mas fáciles de producir efecto, i mas dignos, por lo mismo, de excitar contra ellos las mas serias i justas prevenciones. Frecuentemente, a mas del letrado a quien se encarga la defensa de un litijio, se busca por la parte i por el letrado mismo, quien preste a la causa otro jénero de proteccion, que consiste en privadas recomendaciones para obtener por medio de ellas la victoria; i a veces suele ponerse mas empeño en esta que podemos llamar defensa clandestina, que en la que se hace por ministerio del juicio público. Por desgracia, el uso ha hecho tan frecuente esta clase de recursos, que ya no se repara por los litigantes en tomarlos, ni por personas aun

timoratas en servir de instrumento de ellos, ni los jueces hacen, como debieran, reparo en la ofensa, que con tal procedimiento se infiere a la dignidad de sus destinos, i a sus personas ligadas con la responsabilidad del mejor desempeño de aquéllos.

Todas las veces que la influencia de una persona se interpone para lograr a favor de otra el buen éxito de un negocio judicial, debe considerarse, sean cuales fueren las circunstancias de aquélla, si puede tener algun título racional para tomar a su cargo el desempeño de ese oficio. ¿Qué es lo que va a pedir al juez? Si gracia, ella no está en la esfera de sus atribuciones; si justicia, para esto no es parte, ni pide del modo que debe pedirse, ni el juez puede oírle, sino en el órden establecido por las leyes. Para proceder de esta suerte, bastan al juez las interpelaciones de su propio oficio; i añadir a ellas el poder de la mediacion i el valor del influjo, no es sino un insulto el mas declarado a la persona del juez mismo, con quien se suponen mas poderosos los resortes que se mueven, que los deberes sagrados a que se ha constituido aceptando el destino i jurando proceder en su ejercicio fiel i legalmente.

Bien sabemos que los empeños de los sujetos mas influentes, que los respetos mas a propósito para imponer, no son suficientes para contrastar el ánimo de un majistrado que debe estar siempre desprendido de otras consideraciones que no sean las de la justicia, i descansando en ella debe ser tan firme que nada baste a conmoverlo; pero sabemos tambien que los jueces son hombres, que no poseen todos en igual grado las virtudes convenientes a los altos destinos que ocupan, ni en todas ocasiones pueden tener la misma firmeza o la misma perspicacia para rechazar los asaltos de la influencia o de la astucia; i creemos, por lo mismo, mas seguro el que se niegue la entrada a los enemigos manifiestos de la buena conducta funcionaria de un juez, porque él estará tanto mas seguro, cuanto menores sean las ocasiones que se le ofrezcan de poner sus virtudes a prueba. Conocemos que, tratando de la observancia de las leyes, hemos entrado insensiblemente en una parte de la moralidad de los jueces; pero conocemos tambien que es difícil o

imposible separar una materia de otra, ya porque no puede haber perfecta observancia de la lei cuando no hai una moral arreglada respecto de aquello que influye inmediatamente en su cumplimiento; ya porque, tratando de hacer fructuosas nuestras observaciones, debemos por medio de ellas trabajar lo posible para que sea reconocido todo aquello que de algun modo se oponga al bien que procuramos establecer. Volvamos, pues, a nuestro intento, estableciendo que las mediaciones conocidas vulgarmente con el nombre de *empeños*, que todos esos resortes extrajudiciales que se ponen en ejercicio para mover el ánimo de los jueces, son los mas opuestos a la rectitud propia del oficio de aquéllos, los que tienen mas tendencia a la aceptacion de personas, i hacer que éstas sean atendidas sobre las mismas leyes. ¡Oh si pudiésemos conseguir que se reflexionase lo bastante sobre este punto i se le diese el valor debido! Muchos ménos serian los que se encargasen de tomar interes por el éxito de negocios ajenos i de interponer respetos para con los majistrados; i acaso no habria uno solo de estos respetables funcionarios, que no repeliese arbitrios tan injustos i ofensivos, poseídos de la justa indignacion que ellos merecen por todos aspectos.

Casi en el mismo grado miramos otro arbitrio en que se repara ménos, que llega a estar canonizado por el uso, i aun a estimarse como un deber por la mayor parte de los que litigan, i por algunos jueces que se dignan reflexionar mui poco sobre la calidad i circunstancias del ministerio que ejercen. Queremos hablar de las visitas privadas que hacen i repiten a los jueces los que litigan para informarles de su derecho. Si se reflexionase cuán molesto es a un majistrado, en medio de sus grandes ocupaciones, el que se le distraiga de ellas, o se turbe talvez su reposo en las pocas horas que para él deja su pesado ejercicio, cuando no por otros respectos, por esta sola consideracion deberian evitarse estas impertinentes visitas; pero séanos permitido preguntar, ¿qué se proponen con ellas los interesados? ¿Es acaso decir al juez algo mas de lo que consta en los autos o de lo que se ha de producir en el discurso de la causa ante el tribunal o el juzgado? Si es esto, de nada

sirve, porque el juez no debe hacer uso de semejantes nociones. Si va a tratarse de lo que ya se ha expuesto o ha de exponerse, inútil es del todo tan chocante repeticion, no ménos que agraviante al majistrado, a quien se cree poco atento a los fundamentos producidos ante él en juicio. Si a nada conducen estas visitas, su práctica no puede tener otro objeto, que el atraer por distintos caminos el ánimo del juez procurando hacer en él impresiones favorables al intento que se sostiene, i perjudiciales, no solo al intento contrario, sino a la persona o personas que lo defienden. Nada es tan fecundo en arbitrios como el interes particular, especialmente si se acompaña de la depravacion del ánimo; i por eso un litigante injusto, repitiendo visitas en que ejercita los ardides todos que le sujiere su malicia, logra muchas veces, sin que el mismo juez lo conozca, ventajas sobre su corazon. Nada deben, pues, cuidar tanto los jueces, como el poner un muro fuerte a estas avenidas, que pueden en muchas ocasiones extraviarlos del sendero de las leyes. Por otra parte, si el juez no puede oír a un litigante solo, i debe prestar a todos los interesados audiencia, si sus actos deben ser públicos, no hai razon alguna que pueda justificar estas privadas conversaciones, donde a la vez pueden sentarse principios que no tendrian lugar, si el interesado contrario los oyese i rechazase con las razones propias de su defensa. Oiga el juez en el lugar público, destinado para dar audiencia; este es su oficio; pero fuera de él, no escuche cosa alguna, porque la sorpresa estará mui cerca de su ánimo; i porque es preciso que haga entender a los que claman por justicia, que no está el obtenerla en practicar muchas dilijencias, sino en hacerlas procediendo en todo sin salir del camino que tienen trazado las leyes.

Si las dilijencias extraordinarias, queremos decir, si los diferentes arbitrios de que a las veces se valen los litigantes fuera del juicio, para inclinar a su favor el ánimo de los jueces, fuesen constantemente repelidos, los jueces tendrian mas facilidad para desempeñar su oficio, i los litijios serian tanto ménos gravosos cuanto menor número de pasos sería necesario dar; pero, una vez admitidas la interposicion de respetos i las

privadas conferencias, todos los que tienen interes en los negocios se ven precisados a abusar de estos arbitrios, por mas que les repugnen, pues que, viendo a sus contrarios practicarlos, creen, i no sin fundamento, que, si los omiten, ponen en peligro el éxito de sus derechos. Conviene, por esto, que los majistrados, penetrados del alto interes de la administracion que está a su cargo, declaren una guerra constante a esa costumbre desgraciadamente introducida, i no omitan medio para hacer entender que ellos no están constituidos en la sociedad, sino para dar a cada uno lo que es suyo con una estricta sujecion a las leyes, las cuales no pueden variar, sean cuales fueren los respetos i las consideraciones que se interpongan. Una conducta de parte de los majistrados así sostenida, es la que estimamos como la única leccion eficaz para hacer que conozca la jeneralidad la importancia de tan noble destino, i para que todos los actos que emanen de su ejercicio obtengan el grado de acatamiento que les es debido, i por tanto conviene para evitar quejas i resentimientos personales, que bien frecuentemente, i con harto disgusto de los hombres juiciosos, se oyen contra los majistrados, aun por los actos mas justos, no por otro principio, sino porque se cree que en manos de estos funcionarios está el proceder segun la voluntad de cada uno.

Si en la aplicacion de las leyes no cabe aceptacion de personas, nada puede ser tan extraño, como que éstas, en iguales casos, tengan todo su efecto en unos individuos i dejen de tenerlo en otros. Disparidad semejante echa por tierra todo el respeto debido a las leyes, i abre el camino mas expedito a su total inobservancia. Despues que la lei dispuso lo que debia practicarse, no hai persona que tenga un título racional para eximirse de su disposicion. Dura suele ser en muchos casos la aplicacion de la lei, particularmente cuando se trata de materias criminales; pero en esto consiste el mérito de quien es destinado a aplicarla. Este es el sacrificio que se ha jurado hacer a la justicia; i el que no se cree con fuerzas bastantes para inmolar constantemente aun sus afecciones mas caras, cuando ella lo exije, no debe por un momento ocupar lugar alguno de la majistratura.

No ignoramos que la rigurosa aplicacion de las leyes está sujeta algunas veces a inconvenientes, i que, en el órden de la justicia criminal, es necesario, de cuando en cuando, templar su severidad; porque, siendo jenerales sus disposiciones, es imposible que prevean todas las circunstancias que modifican la gravedad de un delito, i todas las consideraciones extrínsecas que, si se hubieran presentado a la mente del lejislador, le habrian probablemente sujerido excepciones. De dos modos se ha procurado remediar este defecto. El primero consiste en no señalar para cada crímen una pena idéntica en especie o grado; la lei deja a la prudencia del majistrado ya la eleccion entre dos castigos, ya la determinacion de la cantidad en que debe aplicar una pena específica, fijando los límites máximo i mínimo a que ha de ceñirse. Mas aun así podria suceder muchas veces que razones poderosas de humanidad o de política se opusiesen a la exacta observancia de las reglas legales; i este es el caso del segundo remedio. Es preciso que haya una fuente de equidad i clemencia, que concilie la justicia con la humanidad. Pero esta autoridad conciliadora no puede residir en los majistrados judiciales; nuestra constitucion la ha separado sabiamente de ellos, porque es incompatible con aquel escrupuloso respeto i estricta adhesion a las leyes, que es el distintivo de la judicatura.

Nada es tan propio de la condicion del hombre como la viciosa propension a desatarse de la lei que coarta en él la absoluta libertad i reduce sus operaciones a los términos de la razon i de la justicia; así es que en nada es tan fecundo como en forjarse títulos que le releven de aquel peso que comienza a sentir en el momento mismo que principia a separarse de lo justo i honesto. El estado de elevacion o de abatimiento, el de riqueza o pobreza son pretextos a que frecuentemente recurre el hombre para creerse fuera de las prohibiciones o penas de las leyes; i la autoridad, a quien conviene moderar las acciones de los individuos, de nada debe cuidar tanto, como de que nadie se acoja a tales pretextos, ni ellos valgan para colorir las infracciones. Una conducta contraria traeria necesariamente las peores consecuencias: el ejemplo de los que están constitui-

dos en un grado superior, es una regla para los inferiores, que, asilándose en el sagrado de la tolerancia que se tiene con los otros, eluden así las prohibiciones i las penas, haciéndose de esta manera infructuosas las providencias de la lei, i su santo imperio un vano simulacro. Es necesario, pues, que la autoridad esté siempre armada para contrastar a las exajeradas pretensiones de la alta fortuna; i como la humildad i la indijencia tienen tambien sus seducciones, i seducciones acaso mas peligrosas, porque interesan a su favor los afectos mas nobles i desinteresados del corazon humano, es tambien preciso evitar que estos puros i jenerosos sentimientos se conviertan en una criminal flaqueza, torciendo la vara de la justicia. Las decisiones del majistrado no deben, ni aun con los mas plausibles motivos, desviarse un punto de la norma que les trazan las leyes, porque no pueden hacerlo sin introducir en el órden judicial un principio de arbitrariedad, que no siempre será guiado por impulsos igualmente excusables, i que, creciendo por grados, llegará a viciarlo del todo. Tal ha sido siempre la marcha de las corruptelas i abusos.

(*Araucano*, año de 1836.)

REFORMA JUDICIAL

Nuestros lectores saben hace tiempo los desvelos del gobierno por el arreglo de la administracion de justicia, que no puede ménos que considerarse como la base de la felicidad social. Nuestras vidas, nuestro honor, nuestras propiedades forman los intereses mas caros, cuya conservacion esperamos de una sociedad constituida. El expedito ejercicio de los derechos políticos no satisface, sino necesidades mui secundarias, que podemos considerar nulas o mui poco urjentes si el interes individual, que es el resorte mas poderoso del corazon humano, no nos mueve a contribuir eficazmente a la observancia de nuestras instituciones fundamentales. El bien de la nacion jamas podrá ser buscado, miéntras el bienestár individual no se asegure; i este precioso beneficio de la civilizacion no puede conseguirse sin el goce completo de la libertad civil.

Esta libertad es debida exclusivamente a las leyes que arreglan la administracion de justicia. La conformidad de ellas con el estado de la sociedad, su observancia, i por consiguiente, el conocimiento jeneral que se tenga de sus preceptos, son los únicos medios adecuados para marcar con exactitud los límites de nuestra voluntad en nuestras relaciones sociales, i por consiguiente, para determinar, conservar i facilitar en su ejercicio los derechos que mas afectan nuestra condicion social.

Leyes sabias hemos tenido, es cierto, desde la dominacion española, aunque exijian algunas reformas análogas a los adelantamientos del siglo i a nuestras actuales instituciones. Pero estas mismas leyes, diseminadas en vastos volúmenes, oscurecidas por el desórden, por las contradicciones i por las innumerables glosas de los comentadores, no podian presentar una norma segura a los ciudadanos para dirijir sus acciones, ni a los jueces para decidir con acierto las cuestiones sometidas a su conocimiento. Era preciso salvar todos estos inconvenientes; era preciso purgar nuestra lejislacion de toda especie de trabas que coartasen la libertad civil, desnudarla de todas las contradicciones que ofuscasen los preceptos de la lei, sacarla del tenebroso laberinto de los comentarios, presentarla en cuerpos ordenados i reducidos que facilitasen su conocimiento a toda clase de individuos i que a una rápida ojeada ilustrasen a los jueces en el ejercicio de sus importantes atribuciones. Todo esto es objeto de la operacion que el célebre Bentham ha designado con el nombre de codificacion; i esto es cabalmente lo que el gobierno ha querido hacer al presentar a las cámaras un proyecto de reglamento sobre la administracion de justicia. La lójica no necesita esforzarse para recomendar este sistema, a la vista de los dos grandes monumentos que eternizan la memoria del emperador romano i del emperador frances.

Mas la misma importancia que damos a esta reforma, que debe influir considerablemente en los progresos de la sociedad chilena, nos contrista sobre manera, al contemplar lo que se aleja de nosotros este beneficio por la lentitud con que nuestro cuerpo lejislativo procede en el exámen del proyecto. En una lejislatura, apénas se ha podido examinar por una sola cámara la parte pequeña de él, relativa a los procedimientos en el juicio ejecutivo. Discusiones sabias, si se quiere, pero, en nuestro humilde concepto, inútiles i perniciosas, prolongan indebidamente su aprobacion. Inútiles discusiones, porque el proyecto va acompañado ya, de la autoridad de personas mui repetables por su saber, que en el consejo de estado lo han examinado escrupulosamente, i de la autoridad de su no ménos respetable autor; i perniciosas, porque no dejan divisar el

momento en que la república verifique una importante transicion en el estado de su administracion de justicia. Si una discusion tan minuciosa i académica, como la que nuestros lejisladores parecen haberse propuesto hacer en la presente lei, hubiese precedido a la promulgacion de los códigos franceses, el mundo hubiera quedado sin admirar la sabiduría de la obra mas grande de nuestro siglo. Sin embargo de las considerables alteraciones que esta reforma hacía en la antigua lejislacion de la Francia, sabemos que el código mas importante, que es el civil o de Napoleon, no necesitó mas que seis meses para su exámen i aprobacion, i que cada uno de los otros cuatro apénas ocupó dos meses en distintas épocas a los lejisladores franceses. En obras de esta naturaleza, en que un optimismo exajerado no puede satisfacer su deseo de perfeccion, sino a costa del trascurso de muchos siglos i de la ventura de algunas jeneraciones, es preciso contentarse con lo que sea compatible con el tiempo i con las urjencias sociales; es preciso reposar en la confianza que inspiran las luces de los individuos por cuyas manos ha pasado este proyecto de lei, como sin duda debieron reposar los representantes de la Francia en la sabiduría de los redactores i revisores de los códigos, i como mas recientemente ha reposado el congreso de la Luisiana en los conocimientos de Livingston, que redactó por órden suya el código penal de aquel estado. Bástanos presentar estos ejemplos, i agregar a ellos el de las *Partidas* de Alfonso, que forman la joya de la lejislacion española, i que no los poseeríamos sin duda, si cada lei hubiese pasado por la alquitara de argumentaciones escolásticas, para que nuestros lejisladores, conociendo la urjencia de esta interesante mejora, se esfuercen en buscar un arbitrio que acelere su establecimiento i que libre a los derechos de su patria del cáos en que los envuelve una lejislacion desordenada, confusa i poco conocida.

Antes de concluir este artículo, nos parece oportuno hacer algunas lijeras observaciones sobre las mas notables alteraciones propuestas por la comision en su informe sobre el proyecto de lei, que, en nuestro concepto, son las relativas a los artículos 6.°, 61 i 150.

La primera se encarga de establecer el trámite del auto de solvendo, que en el proyecto se ha omitido estudiosamente. Esta formalidad es del todo extraña a las leyes españolas; i no ha estado jamas en uso, sino por el consejo de los prácticos. Su inutilidad está probada por una larga experiencia. Raro habrá sido el deudor que haya cumplido con la obligacion de pagar, sin mas que la notificacion de este mandamiento, que, ademas de ser una fórmula irrisoria, no hace mas que dar a un litigante fraudulento el aviso de que ha llegado la hora de atrincherarse en las trampas, en las ocultaciones de bienes i en los artículos del foro, para burlar las justas solicitudes del acreedor.

La segunda exije la confesion de la deuda, ademas del reconocimiento de la firma en los pagarées o contratos que tengan mas de diez años de fecha. Este es, en nuestro concepto, otra puerta franca abierta a los fraudes. El reconocimiento de una firma no admite dudas ni subterfujios; la confesion de una deuda está sujeta a las confusiones en que jeneralmente son fecundos los hombres poco escrupulosos en el cumplimiento de sus obligaciones.

La terera se contrae al artículo 150, que está concebido en estos términos: «Quedan derogadas por esta lei, todas las anteriores relativas al juicio ejecutivo, concurso de acreedores, cesion de bienes i esperas.» La comision, considerando que son demasiado absolutas las palabras de este artículo, pretende que se redacte de este modo: «Quedan derogadas por esta lei, todas las anteriores de procedimientos relativos al juicio ejecutivo, concurso de acreedores, cesion de bienes i esperas en todo lo que sean contrarias a la presente.» Esta variacion es incompatible con los términos claros i positivos en que debe estar expresada la lei; presenta al juicio de los tribunales ocasiones frecuentes de oscilacion, de que sabrá aprovecharse perfectamente la argucia de los litigantes; i deja expuesta la letra de la lei a conjeturas i opiniones que a cada paso entorpecerán su observancia. Confiar los preceptos legales a la variedad de los juicios de los hombres, es anular completamente los efectos de las instituciones mas saludables.

Para ésta, como para todas las demas alteraciones que se han propuesto, no podemos ménos de recomendar a las cámaras el espíritu que ha animado al gobierno en la redaccion de este proyecto de lei, i por consiguiente, de la parte relativa a los procedimientos en el juicio ejecutivo. La brevedad, la exactitud i la eficacia de los juicios son los tres grandes objetos que se han tenido a la vista, pues sin su consecucion, las acciones mas lejítimas i los derechos mas claros, nunca podrian gozar del amparo de la autoridad. El juicio ejecutivo, sobre todo, que jira siempre sobre obligaciones que se presentan al juez casi en completa claridad desde la interposicion de la demanda, nunca podrá producir los efectos importantes de su institucion, si la lei no es rigurosa con el deudor, si no le presenta en los sufrimientos personales una pena de su poca exactitud en el cumplimiento de sus compromisos, si no obstruye el camino a todos los embrollos de la mala fe, si no afianza, en fin, la realizacion de los pactos mas usuales i comunes en los negocios de los hombres.

(*Araucano*, año de 1836.)



INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

El ensanche de la libertad civil en todos los pueblos civilizados de la tierra, es debido casi exclusivamente a la observancia que tiene en ellos el principio de feliz invencion que determina i separa los poderes constitucionales. La observacion de las necesidades de los pueblos, la historia de las vicisitudes en su bienestar, i el estudio profundo del corazon humano han dado en nuestros dias una perfeccion prodijiosa al sistema administrativo, con este descubrimiento que las primeras sociedades antiguas no hicieron mas que vislumbrar.

La parte mas importante de él, por lo que toca al bienestar del ciudadano, es indudablemente la que separa el poder de juzgar del poder de hacer las leyes, i del de ejecutarlas. Esto es lo que pone a cubierto la libertad individual de los embates a que se hallaria expuesta, si las facultades del juez confundidas con la vasta autoridad del lejislador diesen lugar a la arbitrariedad, o fueran el azote terrible de la opresion ligadas con el poder ejecutivo. Cualquiera que sea la forma de gobierno, la observancia de este principio será la columna de los derechos civiles; i faltando él, no se podrá contar con ninguno de los bienes que deben asegurar al individuo las leyes de una sociedad organizada. Sin apelar a los gobiernos antiguos, que en la infancia de los conocimientos lejislativos pueden ofrecernos ejemplos elocuentes aun en los tiempos mas floridos de la libertad romana, podemos observar que en el imperio otomano no corre mas horrorosa borrasca la libertad individual, que la

que corrió bajo los inquisidores de Venecia, o la que, en época mas reciente, desencadenó sobre ella la convencion francesa, que no reconoció límites en ninguno de los ramos del sistema administrativo.

Pero guardémonos de dar a este principio una extension exajerada, que le haga dejenerar en un absurdo, i que vicie los efectos saludables de su aplicacion. El poder de juzgar es independiente, es decir, no hai autoridad que encadene la libertad del majistrado para conocer, con arreglo a las leyes, en el negocio que se somete a su exámen, ni para pronunciar la sentencia que fije los derechos controvertidos. Ni el temor de una desgracia, ni la esperanza de una recompensa, deben jamas entrar en la balanza que pesa los intereses mas caros a la sociedad; i los que tienen a su cargo esta importante regulacion deben hallar en el código político una garantía que los ponga a cubierto de las consecuencias que traiga sobre ellos cualquier paso que no sea una infraccion de lei en el ejercicio de su ministerio.

Mas, considerando bien la facultad de juzgar, no es otra cosa que una emanacion del poder ejecutivo. Aplicar una lei es el primer paso que se da en su ejecucion, i por consiguiente un ramo de la ejecucion, dependiente, en mucha parte, de la potestad que tiene a su cargo este último ramo de la administracion pública. Así, uno de los políticos mas celosos por la independencia del poder judicial no vacila en llamar a los jueces *delegados del poder ejecutivo.*

Son efectivamente delegados del poder ejecutivo, porque ejercen una porcion de autoridad indispensable para el desempeño de las atribuciones de éste; i como tales, se hallan en cierta especie de dependencia del supremo majistrado, responsable de la observancia de las leyes, i por consiguiente obligado a ejercer algun jénero de autoridad sobre los que las aplican. Esta autoridad está perfectamente marcada por los principios jenerales del derecho, i entre nosotros aun por las mismas disposiciones del código fundamental. El juez tiene toda la independencia imajinable para examinar por sí los hechos que se someten al poder de los tribunales, i para aplicarles la lei,

sin atender mas que a los preceptos de ella i a los dictados de la conciencia propia. Pero, como en estas funciones, el juez no hace mas que preparar la ejecucion de las leyes, el que ejerza este ramo de los poderes constitucionales, debe examinar cuidadosamente la marcha que siguen los funcionarios que las aplican, no para destruir la independencia de los juicios, remediando los abusos que se cometan en cada caso determinado, sino para precaver los que en lo sucesivo puedan cometerse, para hacer responsable al que los cometa, para velar con fruto sobre la inviolabilidad de las leyes, cuya observancia está confiada a su cuidado.

Hasta este punto solo, puede extenderse la independencia del poder judicial, i hasta este punto basta que se extienda para asegurar a la sociedad los beneficios civiles que a ella se deben. Sin que el poder ejecutivo, que, fuera del judicial, es el único que está constantemente en ejercicio de sus facultades, tenga sobre los encargados de la administracion de justicia, la autoridad que hemos procurado demarcar, no hai freno de ninguna especie para los extravíos judiciales. La propiedad i la seguridad serán el juguete de las pasiones i de los errores de unos funcionarios, que, si no están bajo la inspeccion del gobierno, o serán completamente irresponsables, o estarán sometidos a una responsabilidad de tardía o talvez de ilusoria realizacion. Hé aquí verificado el absurdo de la absoluta e ilimitada independencia del poder judicial.

El poder ejecutivo la coarta en alguna manera por la naturaleza de sus funciones i por los mismos preceptos del código político; pero, como de esta coartacion, tal como debe entenderse, no puede resultar ningun abuso de autoridad sobre el juez delincuente, cuyos delitos no han de ser juzgados por el poder ejecutivo, sino por individuos del mismo poder judicial, no existen tampoco temores de que un despojo arbitrario o una persecucion injusta hagan extraviar el juicio de los majistrados de la senda que las leyes le señalan, ni de que peligren los derechos cuya conservacion aseguran. Si el ejecutivo quiere, no diremos dictar una decision judicial, pero siquiera inclinar a un lado o a otro la opinion de los jueces en una

causa, el ejecutivo cometerá una culpable usurpacion de autoridad, violando la independencia de los tribunales; pero, si el ejecutivo sigue los procedimientos en tal o cual negocio contencioso o en todos a la vez, si procura inquirir el estado en que se hallan para conocer si se desempeñan con escrupulosidad los deberes judiciales, si examina la conducta de los funcionarios que tienen a su cargo el ramo mas vital para la conservacion i el órden de la sociedad, el ejecutivo, léjos de cometer un abuso, habrá desempeñado una de las obligaciones mas sagradas que le imponen la constitucion, la razon i los intereses de la república.

Todo lo que sea salir de estos principios, es confundir las ideas, i torcer la intelijencia de las leyes conservadoras del órden. Por desgracia, observamos que en nuestro país existen errores sobre esta cuestion, cuya importancia pudiera darles una lamentable trascendencia. Basta, para disiparlos, detenerse un momento sobre las reflexiones que acabamos de hacer; reflexiones que nada tienen de nuevo ni extraordinario, pues no consisten, sino en nociones harto comunes del derecho, i en la exposicion fiel del espíritu de nuestra carta constitucional.

(*Araucano*, año de 1837.)



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Tiempo há que se siente la necesidad de reformar nuestro sistema de administracion de justicia. Sus defectos son palpables aun para los ménos versados en el foro, i tanto que se mira un pleito como una verdadera desgracia. Mas, sí se siente esta necesidad, no se han ocupado los periódicos en allanar los obstáculos que hallaria la reforma, ni en presentar a las autoridades los medios de llevarla a efecto. Vamos, pues, a suplir este vacío, tratando la materia, aunque sea con alguna jeneralidad, porque es de suyo complicada i vasta.

Tres elementos debe reunir una buena administracion de justicia: rectitud en las decisiones, celeridad, economía; elementos tan esenciales, que la falta de uno de ellos reduce a nada los otros dos. Para obtener la rectitud, se requieren conocimiento de la lei, conocimiento del hecho a que se aplica, integridad e imparcialidad de parte del majistrado.

CONOCIMIENTO DE LA LEI

Ya entramos aquí en la esfera de los obstáculos. Nuestros códigos son un océano de disposiciones en que puede naufragar el piloto mas diestro i experimentado. Leyes de *Partida*, leyes de *Toro*, leyes de *Indias*, *Nueva Recopilacion*, ordenanzas de varias clases, senadoconsultos, decretos del gobierno, leyes de nuestros congresos, autoridades de los comentadores etc., etc. A esta inmensa coleccion, tiene que arrojarse el juez

para hallar el punto que busca, la decision en que ha de apoyar su sentencia. ¿Podrá lisonjearse de no dar contra algun escollo? La consecuencia es que, miéntras no se haga una nueva compilacion de estas leyes, miéntras no se las reduzca a lo que deben ser, despojándolas de superfluidades i haciéndolas accesibles a la intelijencia del juez i del público, no podemos tener jamas una buena administracion de justicia. El congreso del año 1831 tomó en consideracion este importantísimo asunto, i aunque dió algunos pasos para realizar la reforma, todo se olvidó en breve, no pasando la cosa de una lijera discusion entre los diputados que debian informar sobre ello. La obra es sin duda difícil; pero no carecemos de ricos materiales, que pudieran ahorrarnos tiempo i trabajo. Tenemos a la mano los códigos de comercio i criminal sancionados por las cortes españolas, el código civil frances, i los códigos de la Luisiana tan justamente alabados; mineros de donde podemos sacar ricos i abundantes materiales. Repetimos: obra ardua es la codificacion, mas no por eso debemos arredrarnos. Dése principio a ella, que al cabo se concluirá; i vale mas tener un cuerpo cualquiera de leyes bien ordenado, que un abismo insondable aun para los que hacen profesion de conocerlo a fondo. En el ínterin, los abusos que dimanan de este principio, i que a cada paso se tocan en la práctica, son bastante graves. La oscuridad i complicacion de las leyes, han dado oríjen a infinitos comentarios, que, por remediar el mal, lo han aumentado considerablemente; porque, así como no ha habido error que no haya sido patrocinado por algun filósofo, así tambien no hai pretension, por extravagante que sea, que no encuentre algun apoyo en la autoridad de los comentadores. Poco importaria, sin embargo, esta contradiccion, si los comentadores sirviesen únicamente para ilustrar los pasajes oscuros i suplir los vacíos que se notasen; pero el caso es que por una parte han oscurecido el sentido del texto legal, i que por otra están en posesion de la autoridad lejislativa. Ántes no se preguntaba ¿qué dice la lei? sino ¿qué dice Gómez, que es el autor favorito del juez? ¿qué dice Acevedo? Fácil es conocer hasta dónde llegarian los fatales efectos de esta anarquía legal, la proteccion que brindaria

a la mala fe i al espíritu litijioso, i la desconfianza i alarma que derramaria jeneralmente. El gobierno ha tratado de poner a esto un remedio mandando que todas las sentencias se funden en el texto de las leyes; i desde entónces hai otra seguridad de que los fallos judiciales sean ménos arbitrarios. Mucho pudiéramos agregar sobre este capítulo, pero nuestras reflexiones partirian de la supuesta reformacion del código, i como de este beneficio no gozaremos tan pronto, serian por ahora inoportunas. Expondremos solamente la que sigue. Para el conocimiento de la lei, es preciso que sea clara i accesible; pero tambien se requiere que el majistrado la estudie, i que de ello presente una prueba satisfactoria. Ninguna se le podria exijir mas cabal, que la de exponer en público los fundamentos de su dictámen. Los espectadores, que serian siempre muchos, i compondrian un tribunal imparcial, señalarian con el dedo al que por ignorancia o ineptitud se viese obligado a deferir ciegamente a la opinion de sus colegas; i esta censura produciria los mas saludables efectos.

CONOCIMIENTO DEL HECHO

Bajo de este capítulo, se comprende todo lo relativo a las pruebas, materia por cierto bastante larga i sobre la que nos remitimos a las obras de Jeremías Bentham, Rossi i otros. Extractaremos de dichos autores lo mas aplicable a nuestras leyes i práctica actual. Las pruebas están reducidas por nuestras leyes a ocho capítulos: confesion de parte, juramento decisorio, testigos, instrumentos, privilejios i libros de cuentas, vista ocular o evidencia, presunciones, lei o fuero i fama pública. Poco tenemos que decir sobre la confesion de parte en razon de ser la prueba mas natural i perentoria; el defecto que salta a la vista es el modo de tomarla. El litigante presenta sus posiciones i el juez manda incontinenti que se absuelvan, cometiendo la dilijencia al escribano; éste comisiona al receptor, quien toma el escrito i lo lleva a casa del preguntado, adonde verifica el acto a solas con él, delante del abogado o cualquiera otra persona. ¿Hai seguridad de que el litigante no coheche al recep-

tor para que le entregue el escrito con el objeto de consultar las contestaciones? ¿La hai de que haga leer mui despacio las preguntas para meditar bien lo que ha de decir? Mas, aunque nada de esto se verifique, lo que sucede con frecuencia es que la parte da en lo que no le favorece contestaciones evasivas, oscuras o contradictorias, i que entónces, en lugar de llamarla el juez para que desvanezca estas oscuridades, se deja este trabajo a las partes, las que, en largos i pesados razonamientos, se empeñan en probar que su contrario ha perjurado, confesando en un artículo lo que niega en otro. El comentario no se queda sin réplica, i las explicaciones se suceden, en lo que hallan los abogados un campo extenso para lucir su talento, i en verdad que suelen poner las cosas de tal condicion, que todo es probabilidades e incertidumbres. En estas circunstancias, toma el juez el proceso i trata de desatar el nudo gordiano de cavilosidades i sofismas; lo toma, decimos, i no para pensar en ello mui despacio i como sería menester tratando de desentrañar la verdad, sino el tiempo que consagra al despacho de cada asunto; i recorrido lo que por una i otra parte se alega, falla definitivamente. A los versados en el foro, toca decir si este fallo será acertado. Nosotros creemos que lo será en muchos casos, porque no todos los litigantes tienen la penetracion que se requiere para salir del lance; pero que habrá otros en que la decision final será mas bien obra del acaso, de la disposicion en que se halla el ánimo del juez, de sus simpatías o antipatías particulares. El remedio de estos inconvenientes es el exámen de los testigos por el mismo juez. Nuestras leyes lo ordenan, pero en las causas de entidad, como si no hubiese causa, por pequeña que fuese la cantidad disputada, que no sea importante, i como si hubiese para unas medios de descubrir la verdad que no lo fuesen para otras.

JURAMENTO DECISORIO

La segunda clase de prueba es el juramento decisorio, que se divide en *decisorio del pleito*, i es el que se defieren las partes despues de principiado el juicio o que el juez manda hacer a una de ellas cuando la causa está semiplenamente pro-



bada; i *decisorio en el pleito,* el que el juez manda hacer a una de las partes sobre la estimacion de la cosa o daño recibido. Tambien se exije el juramento como circunstancia previa en las declaraciones de los testigos i otros muchos actos. Las reflexiones siguientes servirán para valuar esta clase de prueba.

¿Ofrece el juramento una garantía de la verdad del testimonio? Si hemos de juzgar por la práctica universal de los tribunales, la cuestion está resuelta en un sentido afirmativo; pero, si apelamos a la experiencia i a la razon, lo está en sentido contrario.

1.° El juramento propende a inducir en el ánimo de los jueces una confianza fundada sobre una suposicion cuyo valor es imposible apreciar, esto es, de que en el testigo hace impresion la fuerza del motivo relijioso, i mas impresion todavía que el interes que puede tener en la causa. A esto se dirá que un testigo externo no tiene interes; pero los que discurren así no piensan sino en los intereses pecuniarios, i olvidan los intereses de partido, de aficion, de odio, i las demas pasiones que pueden luchar con la conciencia i avasallarla. En cuanto a los casos en que un juez se refiere al juramento de las partes, me contentaré con citar la observacion de un célebre jurisconsulto: «De cuarenta años a esta parte que estoi ejerciendo mi profesion, he visto una infinidad de veces deferir las partes el juramento; i no me acuerdo sino de dos en que una parte haya dejado de persistir en lo que habia declarado, a causa de la relijion del juramento.» Se dirá que no se exije este juramento, sino en los casos en que no hai esperanza alguna de prueba posible, en que el demandante i el demandado se hallan entre la afirmativa i la negativa; i ¿podrá entónces negarse al demandante este único medio que le queda, esta apelacion a la conciencia de su contrario? En estos casos, en que no se trata ya de un proceder verdaderamente judicial, sino de una clase de prueba semejante a la del hierro o del agua hirviendo, valdria mas el atenerse a una declaracion solemne sujeta al castigo del falso testimonio, que hacer intervenir un medio cuya fuerza nos es enteramente desconocida. Cuanto ménos hábil o aplicado es un juez, cuanto mas descansa su pereza

en la fe del juramento, mas fuerza i valor le da. Una vez que ha cumplido con las formalidades i puesto a cubierto su responsabilidad legal, descuida lo esencial i se pára mui poco en examinar los caractéres intrínsecos de la veracidad del testigo. Para un juez experimentado, el juramento no tiene gran valor ni le inspira confianza alguna. Como lo ha visto tantas veces prostituido, pone toda su atencion en la naturaleza del testimonio. Examina al testigo, observa el tono de su voz, su aire, la sencillez de sus narraciones o su embarazo, si está de acuerdo consigo mismo i con los demas. Un juez de esta clase tiene signos que le denotan la probidad del testigo, pero carece de los necesarios para formar juicio de su relijion. Ahora bien, ¿dónde está la bondad de una garantía que se debilita mas i mas en el ánimo de un juez a medida que éste adelanta en ilustracion i en experiencia?

2.° El juramento propende naturalmente a aumentar la constancia de un testigo en sostener la primera mentira que ha proferido. Es verdad que, aun cuando no hubiera hecho juramento, tendria siempre bochorno de desdecirse, pero este motivo es aun mas fuerte cuando a él se agrega el temor de ser tenido por perjuro.

3.° La fuerza que se ha dado a este medio relijioso, ha orijinado un mal mas grave todavía. Se ha formado en muchos países una clase de hombres endurecidos i descarados que tienen por oficio jurar en justicia. Son hombres perdidos, a quienes no ha quedado el menor freno relijioso o moral. No queremos decir que, si se suprimiera el juramento, se destruiría el testimonio falso; pero es evidente que, si el testimonio juramentado tiene mas valor ante los jueces, que el testimonio simple, este exceso es un premio prometido a favor del perjurio: el soborno del testigo que debe jurar, será mas caro que el del testigo sin juramento. Este mal llegaria a su colmo en una manera de enjuiciar en que se obligase al juez a mirar como prueba suficiente el testimonio de dos o mas testigos juramentados. En este caso, la fábrica del perjurio se hallaria a la puerta de los tribunales; i cuanto mayor fuese el número de los perjuros, que por necesidad debe aumentarse, tantas

mas pruebas públicas recibirá el pueblo de la inmoralidad de los testigos i del menosprecio de la relijion. La supresion del juramento haria cesar al ménos una profanacion de tan peligroso ejemplo.

4.° Entre los peligros de esta pretendida garantía, debe contarse el de las sutilezas i evasiones por medio de las cuales ciertos testigos, que tienen, por decirlo así, una conciencia acomodaticia, creen eludir la fuerza del juramento. No miran ni consideran la intencion del acto, no se juzgan comprometidos sino por las palabras que pronuncian, i no creen haber jurado si las formas de la ceremonia no son exactamente las mismas que ha consagrado su supersticion. Con un judío de este carácter, se deberá saber si tiene su sombrero en la cabeza, i lo que es un sombrero segun la interpretacion de su lei, si tiene en las manos el verdadero libro que venera i en qué lengua está escrito. Un cristiano tan poco escrupuloso como el judío de este ejemplo, quedará tranquilo en su conciencia sobre el crímen de perjurio, si ha aplicado sus labios, no a los evanjelios, sino a su mano, a su guante o a cualquiera otro libro que la Biblia. En los establecimientos de la India Oriental, los tribunales de justicia experimentan las mismas dificultades con los naturales del Indostan i con los mahometanos. La menor evasion en su ritual basta para aniquilar a sus ojos la fuerza obligatoria del juramento; i no es menester ir al Asia para encontrarnos con las restricciones mentales, las reticencias, las expresiones dichas en un sentido i entendidas en otro, las palabras pronunciadas en voz baja que contradigan las que se profieren en alta voz.

5.° Cuando se hace de esta ceremonia una condicion indispensable para declarar, nos privamos del testimonio de muchas clases de personas que, por principio de relijion, creen que no les es permitido jurar, como sucede en Inglaterra con los cuáqueros. Tampoco se admite el testimonio de los que no son adultos, porque se supone que no conocen la fuerza de la obligacion relijiosa que se contrae, i esto en casos en que su edad no ofrece razon alguna para dudar de su aptitud para declarar sobre el hecho de la cuestion.



Con testigos relijiosos i morales, no se arriesga nada suprimiendo el juramento; con testigos irrelijiosos, hai una ventaja real en esta supresion. Se dirá acaso que, entre estas dos clases, hai otra tercera mas numerosa compuesta de hombres lijeros, vacilantes entre el bien i el mal, a quienes es preciso despertar la conciencia i la reflexion en el acto de ir a prestar un testimonio jurídico. Sí, por cierto; pero es necesario hacer diferencia entre una declaracion judicial i una conversacion comun. Desde luego, el lugar, la concurrencia, la presencia del juez, todo aquel aparato impone i hace entrar en sí mismo al hombre mas frívolo. El juez pregunta al testigo si tiene intencion de decir la verdad; i despues de la promesa afirmativa, puede, segun la gravedad de las circunstancias i ocasiones, ponerle de manifiesto las obligaciones que le imponen la lei, la relijion i el honor. Por conclusion, el juramento no debe considerarse como una garantía del testimonio. El hombre cuya relijion está de acuerdo con la moral, presenta una seguridad mas, i una seguridad que no depende de la ceremonia del juramento.

TESTIGOS

La tercera especie de prueba es la de testigos, para la cual requieren nuestras leyes las condiciones siguientes: mayoría de catorce años en las causas civiles, i de veinte en las criminales; correspondiente capacidad; buena vida i opinion; que la deposicion sea jurada, de positivo i ciencia cierta; que sea a consecuencia de citacion i rogacion especial; que no sea dada por ascendientes o descendientes, por los interesados en la causa, ni por los convencidos de seduccion violenta, adulterio, casamiento sin dispensa, falsificacion de moneda, apostasía i otros delitos. Las declaraciones de los testigos deben rendirse ante escribano a solas con él, i en contestacion a las preguntas que por escrito hayan redactado las partes. Deben quedar guardadas, con la mayor reserva, hasta que sea pasado el término probatorio i suceda la publicacion de probanzas, en cuyo caso pueden las partes tachar a los testigos i pedir término para probar las tachas, con lo que se cierra este acto. La pri-

mera observacion a que dan lugar estas disposiciones, es la exclusion de cierta clase de testigos. Cierto es que deben considerarse las circunstancias particulares de los que testifican, i que un niño o una persona sin moralidad, no merecen el mismo crédito que un hombre de bien i maduro; pero de aquí no se infiere que se han de despreciar enteramente los dichos de estas personas. Un ebrio, un adúltero, no están condenados a mentir siempre. Su delito hará recelar que cometan otro; pero esto no es mas que una sospecha, i una sospecha que en muchos casos se hallará destituida de verosimilitud. Lo mas que puede exijirse del juez, es que acepte estos testimonios con desconfianza; pero no que los abandone, porque talvez son estos los principales datos en que puede apoyar su sentencia. Parece que el espíritu de estas exclusivas ha sido libertar al juez del trabajo de entrar en indagaciones sobre la capacidad i buena fe de los testigos, i presentárselos a todos iguales para que, al examinar la verdad de los testimonios, solo haga una resta i dé la justicia al que presente mayor cantidad a su favor. Los inconvenientes de este método son mas que palpables. Si diez personas desconocidas se presentan testificando lo contrario de lo que aseguran seis individuos de cuya fidelidad e intelijencia estamos satisfechos, no vacilaremos en creer a éstos con preferencia; i por el texto de las leyes habremos de juzgar de otro modo, cosa por cierto absurda. Las leyes han de procurar que la conciencia particular del juez sea la misma que su conciencia judicial; i esto se logra dejándoles abierto el campo para tomar por sí sus indagaciones i formar un juicio cabal i acertado. No queremos decir que se les conceda una facultad libre de trabas i responsabilidades; solo pretendemos que no se les circunscriba tanto, que, por atenerse a las leyes, se vean obligados a opinar contra lo que sienten. Permítaseles examinar a cuantos testigos puedan ser habidos, que la publicidad i solemnidad del juicio será un freno bastante poderoso para contenerlos. Si estas razones parecen de ningun valor, i aun se cree necesaria la exclusion de ciertas personas, sea de las que han desacreditado su propia veracidad, como el perjuro, el calumniador, etc. Comprender

tambien al ebrio, al hereje, al que se casó sin dispensa, etc., es un despropósito.

La otra observacion es relativa al modo de tomar las declaraciones. En primer lugar, el acto es secreto; i ya hemos apuntado los inconvenientes de este método tan favorable a la mala fe. El téstigo que no se atreve a decir la verdad en público por temor de ofender a las partes, tampoco la dirá a solas con el escribano, porque tarde o temprano se ha de publicar su declaracion; i el que está dispuesto a decir la verdad en secreto, tambien la dirá en público, pues allí el temor de ser desmentido por los que han presenciado el hecho o tienen noticia de él, la solemnidad del juicio, la proteccion que brindan el majistrado i los circunstantes, son otros tantos estímulos que fortificarán su sana intencion. No nos equivoquemos: la impostura i el crímen no pueden sostener las miradas perspicaces i aterradoras del público, i por lo mismo siempre se envuelven en la oscuridad, la complicacion i el misterio. Solo en ciertos i determinados casos pueden tolerarse las declaraciones secretas: tales son los pleitos de familia, las causas de adulterio o estupro i cuando las partes mismas lo piden; pero éstos son pocos. En segundo lugar, las declaraciones no son tomadas por el juez en persona, lo que acarrea gravísimos inconvenientes. El juez queda privado de infinitos medios de averiguar la verdad. Tiene a la vista un sumario escrito, pero el sumario no comprende talvez los capítulos principales de la cuestion que se ventila; las interrogaciones son complicadas o capciosas; las respuestas, evasivas u oscuras; i sobre todo el juez ignora si el escribano o los declarantes han entendido bien las preguntas i las respuestas. Este inconveniente, que es de suyo tan grave, se siente con particularidad en Chile, donde los testigos son, por lo regular, jente rústica, i a quien es preciso desentrañar la verdad. ¿Qué sucede en su interrogatorio? Tomado el juramento, se lee la primera pregunta; i el testigo, sea por la vergüenza de confesar que no la entiende, o el temor de aparecer titubeando, responde con un monosílabo, que puede ser o nó la verdad; pero que se estampa inmediatamente. Si tiene bastante valor para pedir una explicacion,

se la hace el escribano; i aquí es donde toda la verdad de la declaracion depende del talento i buena fe de éste. Si el que explica no entiende la pregunta, como puede suceder, la explicacion será falsa, i tambien la contestacion; si el escribano no tiene paciencia para informar menudamente al testigo o comprender lo que éste declara, tambien saldrá falsa la declaracion. Si el testigo se explica a medias i el escribano descuida sondear su ánimo i hacerle revelar cuanto sabe en el particular, pueden omitirse o alterarse puntos esencialísimos, que aclararian el hecho, i darian el conocimiento necesario para un fallo acertado. Últimamente, si el escribano está ganado por una de las partes i el testigo no sabe leer ni escribir, aunque no ocurran las dificultades anteriores, se hallará el juez con datos falsos, que por necesidad lo extravían. Es inconcebible cómo esté en práctica un método que parece fraguado expresamente para favorecer a los malvados i convertir la administracion de justicia en el medio mas a propósito para robar en forma. I este mal se hace mas sensible entre nosotros donde por lo regular se juzga en virtud de pruebas testimoniales i deposiciones de jente rústica. Por otra parte, el juez que no toma por sí mismo las declaraciones queda privado de lo mas instructivo del proceso, cual es, un conjunto de pruebas circunstanciales deducidas de la conducta i modo de explicarse de los testigos. Qué diversa impresion no harán en su ánimo el que responde tranquilamente i como de cosa sabida, i el que vacila o se contradice, el que en sus miradas i en su jesto está indicando que su voz está de acuerdo con su conciencia, i el que se esfuerza para encubrir la verdad i no verse sorprendido. Cada una de estas pequeñeces valuadas separadamente apénas dará una probabilidad remota en pro o en contra de la verdad de la deposicion; pero el conjunto de todas ellas unido al texto mismo de la declaracion i a las demas circunstancias del juicio darán mucha luz al majistrado i fijarán sus incertidumbres. Tan cierto es esto, que la lei 26, título 16, partida 3.ª dice que *el judgador debe apartar al testigo, escucharle mansamente e callar fasta que haya acabado, catándole todavía en la cara.*

Si queremos, pues, tener una buena administracion de justicia, es preciso variar de método i sustituir al presente otro mas sencillo i natural. Oiga el juez a los interesados, oiga a los testigos, interróguelos por sí mismo, o que los interroguen las mismas partes, permita que entre ellos se reconvengan cuando estén discordes, i resultarán de esto infinitas ventajas. Quedará despojada la cuestion de muchos incidentes que no tienen mayor relacion con la causa, i que, ventilados por escrito, forman otros tantos pleitos, tan morosos i perjudiciales, como el principal. El juez sacará de los testigos todo el conocimiento que puede esperarse de ellos; les explicará las preguntas, prohibirá toda ambigüedad en las contestaciones, perseguirá a la mentira en todos sus rodeos i la obligará a quitarse la máscara; en suma, pondrá a los testigos en la alternativa de pasar por embusteros o de confesar francamente la verdad. Causa admiracion cómo se ha abandonado un proceder tan obvio i se ha ocurrido al de separar las dos funciones de examinar los testigos i fallar definitivamente. ¿Qué diríamos de un padre de familia que, tratando de averiguar el hecho que habia orijinado una diferencia doméstica, cometiese el exámen de los testigos a una persona desconocida, la que debiera oírlos separadamente i notar por escrito sus deposiciones? ¿No diríamos que habia perdido el juicio? Pues esto es lo que hacen actualmente los majistrados. Un sabio jurisconsulto, tocando esta materia, dice: el juez que no hace este exámen por sí mismo, cierra delante de sí el libro de la naturaleza, i se vuelve ciego i sordo, cuando es menester verlo i escucharlo todo. Solo pueden exceptuarse de esta regla los casos en que los testigos i las partes no estén sujetos a la jurisdiccion del tribunal que pronuncia, como el de expatriacion o exprovinciacion, cuando enfermedades u otros impedimentos tan graves como éste embaracen la comparecencia personal, i en fin, el caso en que testimonios recojidos anteriormente para otra causa puedan ser aplicables a la que se sigue i el en que la comparecencia de los testigos se haya hecho impracticable.

Grandes embarazos salen siempre al encuentro de toda reforma, i no dudamos que los haya para la que proponemos.

Se alegarán los gastos ocasionados en el trasporte de los testigos, la demora consiguiente de la causa, etcétera. Pero nótese que hasta cierto punto se sufren estas mismas dificultades en el exámen por el escribano; i nótese asimismo que todo puede allanarse con un sistema de enjuiciar que acerque mas los jueces a los lugares en que residen las partes i los testigos. En Inglaterra, se hace este exámen públicamente a presencia del juez i los jurados; i hasta ahora no ha habido la menor queja por semejantes gastos i dilaciones.

INSTRUMENTOS

La cuarta especie de prueba es la que se hace por instrumentos, privilejios i libros de cuentas. De los privilejios, poco o nada tenemos que decir, no estando actualmente en uso. Nos contraeremos a los instrumentos i libros de cuentas. Los primeros son públicos o privados. Los públicos se otorgan ante escribano u otro empleado con las solemnidades prescritas por las leyes, verbigracia, testamentos, contratos. Privados son los que se otorgan los particulares sin la intervencion de ninguna autoridad pública. Dos cosas hai que hacer acerca de los instrumentos para darles el carácter de una prueba indubitable: primera, formalidades adaptadas a su naturaleza; segunda, medios de asegurar la observancia de estas formalidades. En órden a lo primero, poco tenemos que añadir a lo establecido por nuestras leyes, i nos ceñimos a las advertencias siguientes.

Las partidas de bautismo i matrimonio están reservadas a los curas, quienes las sientan en sus libros particulares. La medida parece bien calculada, porque, siendo los curas los ministros ordinarios de estos actos, no puede celebrarse alguno sin que llegue a su noticia; pero es sensible que no se haya tratado de asegurar el cumplimiento de esta obligacion por medio de algunas formalidades. ¿Quién puede impedir a un cura la supresion de una partida cualquiera, mui particularmente en el campo, donde los libros se heredan por los diversos párrocos sin ser revisados jamas?

Las formalidades de los testamentos son en mayor número de las que se requieren en la celebracion de los contratos. Para los primeros, son necesarios cinco testigos en el testamento abierto i siete en el cerrado; i para los contratos, solo se requieren dos. Sin duda que el objeto del lejislador fué asegurar en lo posible el cumplimiento de la libre voluntad del difunto i evitar por el número de los testigos la suplantacion de un documento que no puede ser reclamada por el que lo otorgó; pero esta misma dilijencia toca en un extremo que embaraza el objeto de la lei. ¿No serian suficientes cuatro testigos, como lo dispone el código frances?

Otra observacion aplicable particularmente a los contratos privados. No puede negarse la ventaja que llevan los contratos por escrito a los verbales. En los primeros, lo estipulado se hace invariable i permanente; i en los segundos, está sujeto a mil vicisitudes. Si se impusiera la obligacion de reducir a documento escrito todo contrato que excediese de cierta suma, se evitarian infinitas contiendas i quedarian mejor asegurados los intereses de los contratantes. Ignoramos cómo se recibiria una medida de esta clase; pero es de creer que en el comercio no sufriria oposicion por hallarse bastante jeneralizada.

Para realizar el cumplimiento de las formalidades establecidas por las leyes, sería mui conveniente insertar en el papel sellado para los documentos una suma de las leyes que detallasen las formalidades. De este modo el ménos instruido las observará en todas sus partes. Tambien contribuiria eficazmente a dicha observancia la práctica de dos principios, el de *suspicion* i el de *nulidad*. Entiéndese por el primero la sospecha de mala fe en los otorgantes cuando han omitido alguna de las formalidades prescritas, pero sin constar que la omision se ha verificado de propósito. I por el segundo, que se anule todo documento en que aparezca dicha omision, cuando hai una persuasion entera de que el defecto ha dimanado de poca probidad en los contratantes o de un delito de falsedad en el contrato. Sabiendo los otorgantes que de dicha omision han de resultar grandes incomodidades, como son en el primer caso el trabajo de purgar la sospecha de mala fe,

probando que la omision dimanó de pura ignorancia o imposibilidad, i en el segundo el disgusto de ver anulado el acto, se guardarán bien de incurrir en dichas omisiones; i las formalidades que el lejislador prescribe se observarán a la letra. Mas, si es importante rejirse por estos dos principios en la calificacion de los documentos, lo es mucho mas no confundirlos, i de consiguiente no castigar con la terrible nulidad cualquier lijero descuido. ¿Cómo tolerar que se anule un testamento solamente porque faltó un solo testigo, o porque, si en verdad concurrió i presenció la declaracion del difunto, no firmó al pié o firmó a su nombre el que no debia hacerlo? El objeto del lejislador, al establecer como necesarias ciertas formalidades, es asegurar el cumplimiento de la verdadera voluntad de los otorgantes. Cuando consta, pues, esta voluntad de un modo indudable, cuando el juez se halla plena e íntimamente persuadido de ella, es la mayor injusticia obligarle a pronunciar la terrible nulidad por una omision talvez de poco valor. Esto es sacrificar a las formalidades el objeto que se espera de ellas; es castigar a los particulares por la ignorancia de ciertas pequeñecés, ignorancia de que no se ven libres ni los profesores del derecho; es, en suma, abrir campo al espíritu de litijio i alentar la mala fe. No olvidemos el principio que sentamos en nuestro artículo anterior. El lejislador debe empeñarse en que la conciencia particular del juez i su conciencia judicial no estén discordes. Solo por esta via se cerrará la puerta a las prevaricaciones i las arbitrariedades. Últimamente para revestir a los instrumentos de toda la autenticidad necesaria, convendria dar a los escribanos otra respetabilidad, i sobre todo reformar la parte relativa a la custodia de los rejistros i protocolos. Miéntras se deje esto en el estado de incuria en que lo vemos, no estarán seguros los títulos de propiedad i habrá un jérmen perpetuo de litijios.

A pesar de estas i cuantas precauciones tome el lejislador, siempre serán temibles la mala fe i el espíritu sutil de las jentes versadas en las cábalas del foro. Para éstas, jamas será problema insoluble hallar los medios de suplantar un documento o variar parte de sus disposiciones; i conviene que el juez se

halle armado de cuantos auxilios pueden suministrarle su experiencia i talento para no ser alguna vez sorprendido. Debe, sobre todo, tener mui presentes los cánones para discernir un escrito orijinal de una copia i los que sirven para establecer su autenticidad. Nuestros comentadores han declarado este punto con bastante menudencia; pero recomendamos particularmente lo que ha escrito sobre la materia Jeremías Bentham en el libro 4 de las *Pruebas Judiciales*. Allí se halla un repertorio cabal de todos los capítulos de pruebas directas i circunstanciales que sirven para establecer la autenticidad de un documento. Están analizados con filosofía i reducidos todos a su justo valor. Omitimos su insercion por ser dicha obra mui conocida.

INSPECCION PERSONAL

La quinta especie de prueba es la vista ocular o evidencia de la cosa o hecho. Se usa de ella en pleitos sobre deslindes, obras nuevas, etcétera, en los que la lei cree tan necesaria la presencia del juez, que se expresa en estos términos: «ca en cualquiera de estas razones non debe el judgador dar el pleito por probado, a ménos de ver él primeramente cuál es el fecho porque ha de dar su juicio e en que manera lo podrá mejor e mas derechamente departir.» Entre nosotros, se acostumbra nombrar por las partes, jueces prácticos que pronuncien definitivamente. No hai duda: siendo estos jueces elejidos por las mismas partes, deben tener todas las cualidades requeridas para semejante ministerio; mas, como en esto puede haber sus equivocaciones, i como dichos jueces se consultan ordinariamente con letrados de su satisfaccion, i este proceder está sujeto a mil vicisitudes, creemos mas conveniente que, con arreglo a nuestras mismas leyes, vaya el juez en persona acompañado de peritos a presenciar el mismo hecho, i que, despues de oídos los peritos i las partes, pronuncie su sentencia. Las dificultades que pueden oponerse a estas visitas i a la movilidad de los jueces, se salvarán en el plan de organizacion de juzgados que tiene meditado el gobierno, i del que daremos una idea sumaria, cuando tratemos de los otros dos capítulos de nuestro trabajo: *Celeridad* i *Economía*.

PRESUNCIONES O CONJETURAS

La sexta especie de prueba es la que se hace por presuncion o conjetura; i nuestras leyes tratan este punto con tanta lijereza, que cuanto dicen sobre él está reducido a que, exceptuando un cierto número de casos, no puede librarse fallo alguno por este medio sin el auxilio de los indicados, confesion, testigos, instrumentos, etc. La razon que para ello se tuvo presente, fué, sin duda, la necesidad de trabar la arbitrariedad de los jueces, arbitrariedad que debió aparecer temible, admitiéndose entre los medios plenamente probatorios, los tan difíciles de calificar con exactitud, como las conjeturas o presunciones. Sin embargo, examinado el punto en esta parte con detencion, se verá que nuestros lejisladores no acertaron tan bien, como en otras. ¿Qué se entiende por presuncion o conjetura? Nada mas que una inferencia mas o ménos próxima i mas o ménos remota o probable. Veo, por ejemplo, a *A* i *B* lidiando a puñadas; dejo de mirarlos por intervalo corto; oigo despues un grito, vuelvo a mirarlos i diviso a *A* huyendo con un cuchillo ensangrentado i a *B* tendido en el suelo i bañado en sangre. El argumento en favor del homicidio perpetrado por *A*, es fuertísimo, i cualquiera se sentirá inclinado a calificarlo de evidencia; mas en realidad, solo es una conjetura. Pudo en aquel momento acercarse un tercero en defensa de *A* i dar la puñalada a *B*. Pudo *A* socorrer al herido arrancándole el cuchillo; i temiendo despues ser confundido con el verdadero homicida, tratar de huir i esconderse. Pudo ser tambien que, acosado *A* por *B*, tratase solo de amedrentarle con el cuchillo, sin la menor intencion de herirle, i que *B*, ciego de cólera, se arrojase imprudentemente sobre el arma de su contrario. De esta clase, hai muchas conjeturas o presunciones que, sin ser una verdad palpable, constituyen una prueba bastante poderosa para fundar sobre ella una sentencia. El lejislador parece desecharlas i nuestros comentadores las admiten solamente en concurrencia de la declaracion de un testigo o de lo que se llama semiplena probanza. Esta resolucion

es enteramente infundada, porque, en muchos casos, las presunciones tienen mas fuerza que la confesion, los instrumentos i las declaraciones de los testigos, i porque, si se analizan bien estos capítulos, deben reducirse a la misma clase de aquéllas. En efecto, la fe en los instrumentos es una consecuencia de estas dos proposiciones: el instrumento no ha sido forjado i el instrumento da tal derecho a *A* o *B*. La de la confesion resulta de este raciocinio: la confesion debe ser cierta por ser contra el que la rinde, i la confesion produce este o el otro derecho. La del testimonio resulta del siguiente: los testigos presentados no han podido engañarse ni querido engañarnos, i los testigos dan por cierto el hecho que produce un derecho en *A* o *B*. Contra una de las premisas de estos tres raciocinios, pueden presentarse razones que debiliten su valor, i las consecuencias son verdaderas presunciones mas o ménos claras i evidentes.

Lo dicho manifiesta la íntima relación de este capítulo de prueba con todos los demas. De su importancia solo podemos decir que algunos autores lo prefieren a las declaraciones de los testigos de que se hace tanto mérito en nuestras leyes. Conviene, por lo mismo, detenernos en él, aunque solo sea para manifestar su extension i la manera con que debe emplearse. La prueba por conjetura resulta de un raciocinio por el que de la existencia de un hecho deducimos la existencia de otro que da lugar a la aplicacion de la lei. Cuanto mas íntima sea la relacion entre estos dos hechos, tanto mas fuerte será la conjetura; i por el contrario. Esta valuacion se hará por el conocimiento de las leyes de la naturaleza, así en lo físico, como en lo moral. Pedro ha dado a Juan una bebida de que le ha resultado una muerte súbita, la corrupcion del cadáver i demas señales del envenenamiento. La proposicion: Pedro ha envenenado a Juan, es cierta, porque, atendidas las circunstancias de la buena salud de Juan, de no haber tomado cosa alguna que pudiese matarle i haber seguido la muerte a la toma de la bebida, no cabe otra explicacion, sino la de que la bebida era un verdadero veneno. Pedro ha querido envenenar a Juan con la bebida que le ha administrado, ya este es

otro caso en el que de la existencia del primer hecho, es decir, del envenenamiento de Juan, se quiere sacar por consecuencia la determinacion de envenenarle. Este es un hecho interno, que solo puede conocer directamente el mismo Pedro, como que ha pasado en lo interior de su alma, i para averiguarlo es preciso examinar la conducta de Pedro, i discurrir, partiendo de este principio, que Pedro revelará sus intenciones por los mismos medios que los demas hombres. En esta suposicion, si se ha visto a Pedro componer el mismo veneno, i si consta que la naturaleza o cualidades de los materiales debian ser conocidas de Pedro, inferimos necesariamente que Pedro fabricó veneno sabiendo que lo era, i puesto que se lo administró a Juan, su intencion fué envenenarle. La valuacion, pues, de los hechos sujetos a las leyes exije de parte del juez los conocimientos de que hemos hablado. Exije mas: un talento particular para descomponer los hechos, clasificarlos, aplicar a ellos las reglas de la lójica i sacar una consecuencia exacta. Cuando decimos aplicacion de las reglas de la lójica, no queremos hablar de silojismo. La lójica legal no consiste tanto en la intelijencia de la lei, como en el conocimiento del hecho a que se aplica; conocimiento que mas es obra de la observacion i el análisis que de la deduccion. No será, por lo mismo, importuno establecer los principales cánones que han de dirijir al juez. Hai hechos simples i complejos. Llamamos simples a los que se hallan tan ligados con el principal o legal que entre ambos solo hai una relacion sin ningun otro hecho intermedio. El que acabamos de exponer es simple. Pedro ha administrado a Juan una bebida de que ha muerto súbitamente; Pedro ha envenenado a Juan. Administracion de bebida i muerte súbita; envenenamiento; aquí no cabe mas que una relacion de falsedad o verdad, de accion o separacion de estos dos hechos. El juez solo tiene que averiguar si el primer hecho está unido en el caso presente con el segundo. Podemos representarlo por esta fórmula *A* es *B*. Complejos son los que se componen de muchas relaciones o de muchos hechos ligados al principal. De estos, hai dos clases, que es preciso distinguir: unos ligados de por sí i directamente al principal; otros ligados

a éste no directamente, sino en virtud de su encadenamiento recíproco. Manifestaremos su diferencia por ejemplos. Se han robado de un aposento una alhaja de valor; las sospechas recaen sobre Pedro, i son las siguientes: Pedro ha dicho a un amigo que en el aposento existia semejante alhaja i que él pensaba robarla. Se ha visto a Pedro entrar i salir del aposento, cuando no habia en él persona alguna; se sabe por un testigo que Pedro ha preguntado por la morada de un joyero que compra alhajas de la misma clase que la perdida, etcétera. Cada uno de estos hechos es un argumento que por sí prueba mas o ménos la criminalidad de Pedro; i todos juntos arrojan una probabilidad mui fuerte, que raya casi en certidumbre. Supongamos ahora que las sospechas son estas: turbacion de Pedro despues de descubierto el robo i fuga inmediata suya; arribo a una posada donde se le vió con una cantidad de dinero que ántes no tenia; embarco de Pedro para otro país. Cada uno de estos hechos nada o mui poco significan considerados aisladamente, pero reunidos a los demas forman un argumento probable en favor de la criminalidad del supuesto delincuente. Representaremos estas dos clases de hechos complejos por las fórmulas siguientes: primero, en que hai tres hechos probatorios unidos inmediatamente con el principal: *B* es *A; C* es *A; D* es *A;* el segundo, en que hai otros tres ligados entre sí i por el último con el principal, *D* es *C; C* es *B; B* es *A*. El cálculo de todos estos casos es mui sencillo. En el hecho simple, se reunen todas las razones que obran en favor de la union del hecho supuesto con el principal; se reunen tambien las que obran en contra; se comparan entre sí; i el resultado es la expresion del valor de las pruebas. En el hecho complejo de la la primera clase, se hace este trabajo con todos los hechos probatorios que se presentan; se toma despues el conjunto i se examinan las razones que este conjunto arroja en pro o en contra de la union del hecho supuesto con el principal. En el complejo de la segunda clase, se practica la misma operacion, porque la única diferencia que media entre ambos es que los hechos que componen el complejo de la primera clase prueban por dos vias, a saber de por sí i considerados aisladamente i

tambien por su conjunto; i los de la segunda prueban solo en su conjunto, i si se valúa separadamente su probabilidad es para averiguar su existencia. Valuar estos datos es obra del talento del juez i no una operacion aritmética; pero la facilitan el análisis de los hechos legales i el conocimiento anticipado de las razones que puedan presentarse en pro o en contra de la existencia de estos hechos. En el número siguiente, indicaremos algo sobre esto, como tambien otras cosas que debe tener presentes el juez para fallar con acierto en esta clase de pruebas.*

(*Araucano*, año de 1837.)

* Don Andres Bello dejó inconcluso este artículo.

SUCESION INTESTADA

MINISTERIO DE JUSTICIA

Santiago, noviembre 22 de 1838.

Habiendo el gobierno considerado con la circunspeccion que exije la importancia del asunto, la consulta de la corte suprema de justicia, sobre la intelijencia de las leyes relativas a los derechos que corresponden *ab intestato*, en defecto de parientes lejítimos hasta cierto grado, a los hijos naturales en la herencia de sus padres, i al órden de preferencia, en dicho caso, entre los mismos hijos naturales, el cónyuje sobreviviente i el fisco; atendido el dictámen que la ilustrísima corte de apelaciones ha expresado acerca de las dudas sometidas a la consideracion del gobierno, por la suprema de justicia, i teniendo presente:

1.° que la lei 6, título 13, *Partida* 6.ª extiende hasta el décimo grado el derecho de los trasversales a la herencia;

2.° que las leyes 3, título 20, libro 10; 1.ª, título 11, libro 2; 6, título 22, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, i la instruccion de 26 de agosto de 1786, hablan solo por incidencia del cuarto grado, i fueron dictadas con el único objeto de correjir algunos abusos, detallar la forma de los juicios de intestados, i establecer la jurisdiccion de los jueces que debian conocer de ellos;

3.°, que la lei 7, título 22, libro 4.° del *Fuero Real*, solo llama a la sucesion intestada de sus padres a los hijos naturales que han sido adoptados;

4.°, que la lei 8, título 13, *Partida* 6.ª, solo les concede por su calidad de naturales, la sexta parte de la herencia;

5.°, que la 12, del mismo título i *Partida* habla limitadamente de la sucesion de hermanos naturales, sin que pueda deducirse de lo que dispone para un caso especial una derogacion de lo dispuesto terminantemente en lei anterior;

6.°, que el parentesco en materia de sucesion debe computarse civilmente, segun se deduce de la lei 3, título 6, *Partida* 4.ª;

7.°, que las leyes 23, título 11, *Partida* 4.ª i 6, título 13, *Partida* 6.ª, dan preferencia al cónyuje sobreviviente sobre el fisco;

8.°, que la lei 1.ª, título 22, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, parece solo referirse al caso en que no hubiese viudo o viuda, i no querer excluir los derechos de éstos a la herencia total, del mismo modo que no excluye lo que corresponde a los hijos naturales, ni la cuarta marital;

9.°, que, aunque por la lei 2, título 19, libro 10, del código últimamente citado, se ordena al comisario para testar que deje a la mujer del que le dió poder, lo que, segun las leyes, le puede pertenecer, disponiendo de lo demas, en la forma que aquélla establece, tal lei supone la existencia de un testamento, sin contener tampoco una derogacion expresa de ninguna otra;

10, que por la nota 1.ª de la lei 6, título 22, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, se manda proceder en materia de adjudicaciones de herencias ab intestato, arreglándose a las otras que cita, de las cuales es una la 6, título 13, *Partida* 6.ª;

11, que, aun suponiendo dudosa la preferencia del cónyuje sobreviviente sobre el fisco e hijos naturales a la herencia del intestado, deberia declarársele de conformidad con las máximas jenerales de lejislacion en materia de sucesiones;

I finalmente, que el principio regulador de éstas, el espíritu de varias de las leyes a que se ha hecho referencia, i la moral, tanto pública como deméstica, excluyen de ese derecho al cónyuje que por su culpa no hubiere hecho vida

maridable; usando de las facultades extraordinarias que me concede el artículo 161 de la constitucion i la lei de 31 de enero de 1837, vengo en resolver que la aplicacion de las leyes que han dado lugar a la indicada consulta, se haga, en los puntos respectivos, con arreglo a las declaraciones siguientes:

Primera.—El derecho de los trasversales a la herencia *ab intestato* se extiende hasta el décimo grado computado civilmente.

Segunda.—Los hijos naturales que no hubieren sido adoptados por su padre, no heredarán *ab intestato* mas que la sexta parte de los bienes de éste.

Tercera.—El cónyuje sobreviviente que hubiese hecho vida maridable, o que sin culpa suya hubiese dejado de hacerla, es preferido al fisco en la sucesion intestada del cónyuje difunto, salva la parte que corresponda legalmente a los hijos naturales.

Comuníquese a la corte suprema de justicia, publíquese i archívese.

PRIETO.

Ramon Luis Irarrázaval.

I

La declaracion preinserta de ciertos puntos legales consultados por la excelentísima corte suprema al gobierno, no necesita de mas fundamentos que los que en ella misma se exponen; pero como el decreto de 22 de noviembre que la contiene se ciñe a indicarlos con la precision que es propia del lenguaje de la lei, hemos creído que no estaria de mas desenvolverlos i discutirlos con alguna extension en este artículo, para que todos puedan formar idea de las sólidas razones en que la ilustrísima corte de apelaciones fundó su voto consultivo, i que han sido adoptadas por el gobierno.

El primero de los puntos sobre que ha recaído la declaracion (i que, sin embargo de no haber sido directamente consultado

por la corte suprema, pareció tener una conexion íntima con los otros dos que expresamente lo fueron), es el relativo al grado de parentesco de los trasversales que por falta de ascendientes i descendientes son llamados a suceder *ab intestato*. Varios autores modernos suponen que la lei 6, título 13, *Partida* 4.ª, que extiende este derecho de suceder *hasta el grado deceno*, fué derogada por la 1.ª, título 11, libro 2, 3, título 20, i 6, título 22, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, que mencionan *el cuarto*. Pero bien examinadas estas leyes no dan motivo para semejante suposicion.

La mas antigua de ellas es la citada lei 3, pragmática promulgada por los reyes católicos en 1501, i confirmada por don Cárlos i doña Juana en las cortes de Valladolid de 1523. Ella dispone que, si los intestados dejan descendencia lejítima, o parientes trasversales dentro del cuarto grado, no puedan las órdenes redentoras ni los tesoreros i comisarios de cruzada demandarles a ellos ni a los testamentarios el quinto de los bienes ni cosa alguna por causa de la sucesion *ab intestato*, alegando privilejios o costumbre, *porque, segun derecho de nuestros reinos*, dice la lei, habiendo los tales herederos *no se les puede llevar cosa alguna*. Pero esto nada prueba, sino que los privilejios o costumbre que alegaban las órdenes redentoras o la cruzada, solo podian tener cabida, segun esta lei, en el caso de sucesiones ulteriores a las del grado cuarto trasversal. De que a los parientes de cierto grado no se les puede llevar cosa alguna, no se deduce que los demas parientes sean excluidos del total de la herencia para hacer lugar a las órdenes redentoras, a la cruzada, ni al fisco.

La lei que se sigue en el órden del tiempo es la 1.ª, título 11, libro 2, que, segun el epígrafe de la *Novísima Recopilacion*, es una cédula expedida por Cárlos I en Valladolid, a 20 de noviembre de 1522, i confirmada por él mismo en aquella ciudad, a 5 de junio de 1523. Mándase en ella que los presidentes i oidores de las audiencias no se entrometan a conocer de las causas i cosas pertenecientes a la hacienda de las bulas; que dejen a los tesoreros i factores de la cruzada pedir i demandar los abintestatos de los que no dejan herederos dentro

del cuarto grado, i los mostrencos i todas las otras cosas tocantes a la cruzada, segun el tenor de la bula de su santidad; que no reciban apelacion sobre ello, i si la hubieren recibido, la vuelvan luego al comisario jeneral i jueces subdelegados de cruzada; i que, de las sentencias i mandamientos que los dichos jueces subdelegados pronunciaren, no pueda haber apelacion, ni suplicacion, ni recurso de nulidad para ante tribunal ni juez alguno, sino solo para ante el dicho comisario. Es manifiesto que el objeto de esta lei ha sido deslindar una jurisdiccion que se disputaban la cruzada i la justicia ordinaria; i a este efecto se ordena que no conozca la justicia ordinaria en aquellas causas que tocaban al interes de la cruzada. No hai motivo ninguno para creer que el que ella tenia en los abintestatos pasase del cobro de cierta cuota; este es el que se indica en la pragmática de los reyes católicos, de que dejamos hecha mencion, i al que alude sin duda la cédula de Cárlos I, pues ya hemos visto que una i otra fueron confirmadas por aquel soberano en un mismo año, con la circunstancia de que la primera promulgacion de la cédula (en 1522) fué anterior a la confirmacion de la pragmática (1523). Estas dos reales disposiciones armonizan, pues, entre sí, i se explican perfectamente una a otra.

Lo que ha extraviado el juicio de algunos intérpretes, es el derecho concedido a los tesoreros i factores de cruzada, de demandar los abintestatos de los que no dejan herederos de grados ulteriores al cuarto. Pero *demandar los abintestatos*, no es demandar la posesion o dominio de los bienes intestados. *Abintestato*, usado como sustantivo, significa la causa *o procedimiento judicial sobre la herencia i adjudicacion de los bienes de los que mueren sin testar:* así define esta palabra el *Diccionario* de la Real Academia. La cédula de Cárlos I, daba, pues, a los tesoreros i factores de cruzada el derecho de demandar los documentos i piezas relativas a la existencia i propiedad de los bienes hereditarios, i si se quiere la tenencia de ellos, para que los jueces subdelegados de cruzada en primera instancia, i el comisario jeneral en apelacion, conociesen de esta clase de herencias, e hiciesen las competentes adjudi-

caciones, deducida la cuota que aquel ramo de rentas pontificias pudiese tener en ellas por lei o costumbre.* El objeto de la cédula fué asegurar a la cruzada la íntegra recaudacion de esta cuota, como que en ello estaba directamente interesado el fisco, con quien partia sus ingresos la cruzada, en virtud de varias gracias e indultos pontificios. De este interes del fisco en ampliar i protejer la jurisdiccion de la cruzada, tenemos un testimonio expreso en la cédula de 20 de noviembre de 1542 (nota 1.ª a la citada lei 1.ª). ¿A quién, por otra parte, no parecerá inverosímil que los reyes de España hubiesen abandonado a la cruzada, es decir, al papa, la universalidad de las herencias vacantes? ¿I cómo es posible imajinar que las cortes de los reinos, tan celosas en la custodia de los derechos e intereses nacionales, hubiesen tolerado semejante abandono? Si los reyes hubiesen hecho esta concesion a la cruzada, que era una autoridad pontificia, habria sido, sin duda, con la mira de que las herencias revertiesen al fisco por concesion de los pontífices. Pero, ¿para qué este círculo? ¿Qué necesidad habia de que el rei diese al papa, i el papa retornase al rei, la propiedad de unos bienes incontestablemente temporales i nacionales, que pudieron con mas facilidad i ventaja adjudicarse desde luego a la corona? En fin, si demandar los abintestatos fuese demandar el dominio de los bienes intestados, demandar los mostrencos sería tambien demandar su dominio: ¿i cuándo tuvo la cruzada semejante derecho?

De aquí es que los expositores de nuestra lejislacion, que trataron de la sucesion ab intestato hasta fines del siglo XVIII, creyeron vijente la lei de *Partida*, que la extiende hasta el décimo grado trasversal. No ha faltado, a la verdad, uno u otro que dudase, o que inconsideradamente diese a la cédula de Cárlos I la interpretacion errónea que han desechado la ilustrísima corte i el gobierno. Uno de estos fué el licenciado

* Este parece haber sido el concepto del anotador de la *Biblioteca* de Ferráris, que en el tomo 1, pájina 437, columna 2, se expresa así: *Praecedentibus ætatibus ad hoc tribunal* (*comissarii apostolici*) *spectabat de ab intestatis ac rebus sine domino persistentibus judicium ferre, atque applicationes earum efficere.*

Atienza, que, segun Carrasco del Saz (capítulo 7, de *quinto bonorum intestati decedentis)*, puso a la lei 12, título 8, libro 5, *Recopilacion* (lei 1.ª, título 22, libro 10 de la *Novísima)*, este equivocado sumario: «Los bienes i herencia del que muriere ab intestato, sin dejar parientes dentro del cuarto grado, serán del rei.» Pero este concepto fué impugnado por el mismo Carrasco en el lugar citado, i por Solórzano en su *Política Indiana*, libro 5, capítulo 7, número 35; i ademas se reformó aquel sumario en la *Recopilacion* de 1772, i en la *Novísima*.

Si se apetece una prueba auténtica de que por la cédula de Cárlos I no se consideraron suprimidos los derechos de los colaterales hasta el décimo grado, nos la suministra la cédula de 9 de octubre de 1766, que copia a la letra Febrero, tomo 1, pájina 180 (edicion de 1778). En ella, se declara que «para lo sucesivo, en conformidad de lo dispuesto en las leyes 6, título 13, libro 6, i 12, título 8, libro 5 de la *Recopilacion*, i tambien en la 6, título 13, *Partida* 6.ª, toca el conocimiento de todos los autos de bienes mostrencos e intestados en que no hubiere herederos conocidos a las justicias reales ordinarias, i en grado de apelacion a las respectivas chancillerías i audiencias, sin mezcla alguna de los subdelegados de cruzada; i se dispone que los bienes, si resultaren ser efectivamente vacantes o mostrencos, se adjudiquen a la real cámara, como mandan las citadas leyes.» La lei de *Partida*, que aquí se cita, es la misma que extiende hasta el grado deceno el derecho de sucesion ab intestato, i la misma que, no habiendo parientes dentro de este grado, llama al cónyuje sobreviviente i al fisco; i de las leyes 6 i 12 de la *Recopilacion* (que son las 2 i 1.ª, título 22, libro 10 de la *Novísima)*, la una dispone que, no habiendo herederos de la línea recta, ni de la trasversal, todos los bienes sean para la cámara; i la otra da el mismo destino a los mostrencos, no pareciendo su dueño. La referencia i confirmacion que se hace de estas leyes en la cédula de 1766, no es, en cuanto al punto de limitar o extender el derecho de los colaterales, sino en cuanto a la materia de jurisdiccion. Los bienes, dice sustancialmente la cédula, pertenecen a la

cámara, segun leyes vijentes, i en esta virtud, no toca la jurisdiccion sobre los abintestatos ni mostrencos a la cruzada, sino a la justicia ordinaria, a quien por tanto se encarga esta jurisdiccion, evitando (son palabras de la real cédula) *que personas eclesiásticas se mezclen en una judicatura del todo temporal.* Ahora bien, si por la disposicion soberana de 1522 o por otra cualquiera, se hubiesen cedido o abandonado los bienes vacantes i mostrencos a la cruzada, derogando las leyes de que hace mencion la real cédula de 1766, ¿hubiera podido decirse que, en conformidad a lo establecido en ellas, pertenecia la jurisdiccion sobre los tales bienes a la justicia ordinaria, con inhibicion de toda autoridad eclesiástica? Es visto, pues, que en la cédula de 1522 ni directa ni indirectamente se trató de otra cosa que de sancionar una jurisdiccion, que probablemente se habia arrogado ya la cruzada, i que le disputaban las audiencias, i que en ella, como en la cédula de 1766, se supone vijente el modo de suceder ab intestato establecido por las antiguas leyes nacionales.

Pasemos a la arriba citada lei 6, en que se fundan los que creen que por derecho rejio la sucesion ab intestato no se extiende en la línea trasversal a mas del cuarto grado. Esta lei es un decreto real de 22 de noviembre, inserto en cédula del consejo de 6 de diciembre de 1785, i tambien se refiere a la jurisdiccion sobre los mostrencos i los abintestatos en que faltan parientes de grados ulteriores al cuarto. De las justicias ordinarias, a quienes habia declarado dicha jurisdiccion la cédula de 1766, la traslada al primer secretario de estado, como superintendente de bienes vacantes i mostrencos, con facultad de nombrar un subdelegado jeneral, i los particulares que crea conveniente, para que éstos en primera instancia conozcan en las causas de tales bienes, i en segunda instancia el superintendente, reservándose su majestad el nombramiento de jueces de revista, cuando se suplicare de las sentencias de aquel jefe. A esta lei acompaña una instruccion de 26 de agosto de 1786, cuyo artículo 7.° dispone que, si muriere intestado alguno que no dejare parientes dentro del cuarto grado, proceda el subdelegado a recibir informacion, por la que se

califiquen las dos circunstancias de haber muerto el difunto sin testamento, i no conocérsele *parientes dentro de dicho grado;* que, habida esta informacion, se fijen i pregonen edictos, para que *si alguna persona tiene derecho de suceder ex testamento vel ab intestato*, se presente, se le oiga i administre justicia; que, si dentro de los términos de los edictos *parecieren herederos*, se les manden restituir sus bienes; i que, si expirados los términos no *parecieren herederos*, se reciba la causa a prueba, i concluida se declare que los tales bienes pertenecen al objeto de construccion i conservacion de caminos. Tal es el tenor del artículo 7.° ¿Hai aquí algo que limite al cuarto grado la sucesion trasversal ab intestato? La mencion de este grado es para marcar el punto preciso en que cesa la jurisdiccion de la justicia ordinaria i principia la del superintendente. Si hai parientes dentro del cuarto grado, toca la jurisdiccion a la justicia ordinaria; si no los hai, toca al superintendente i subdelegados. Así es que solo en esta parte del artículo se hace mencion específica del cuarto grado; i aunque luego se vuelve a hablar hasta tres veces de *personas que tengan derecho a suceder* i de *herederos*, no se limita directa ni indirectamente su grado, porque el ánimo del lejislador es dejar vijentes las leyes del reino que señalan el órden de la sucesion intestada. No hai motivo alguno para que se entienda, como limitacion del derecho de suceder, lo que solamente limita la jurisdiccion de la justicia ordinaria.

La disposicion del artículo 8.° está concebida en iguales términos. Se trata en él del caso en que el difunto no fuese natural del mismo lugar en que murió, i se previene que entónces, ademas de recibirse *informacion* de que allí no se le conocen *parientes dentro del cuarto grado*, se despache requisitoria al lugar de su naturaleza, para que allí tambien se reciba *informacion* sobre si el difunto tiene o nó parientes *dentro del cuarto grado* i se publique su muerte por *edictos*, para que, *si alguno pretendiese derecho a los bienes*, comparezca a justificarlo. La *informacion* recae sobre la existencia de *parientes dentro del cuarto grado,* como fundamento de la jurisdiccion de los subdelega-

dos; pero los *edictos* hablan en jeneral con los parientes que pretendan derecho a los bienes. Lo mismo aparece en el artículo 9.°, donde se inculca de nuevo la necesidad de calificar en la *informacion* los dos requisitos de no haber testamento, ni parientes *conocidos dentro del cuarto grado*, para inhibir a la justicia ordinaria, i hacer que ésta entregue a los subdelegados los autos que se hubieren obrado, añadiendo que, si en los tales autos se encontrare tener *algunos parientes* el difunto, se les haga citar, i en lo demas se proceda como se ha dicho en el artículo precedente. Ni una vez sola se deja de mencionar específicamente el *cuarto grado*, cuando se habla de la *informacion;* i vice versa, ni una vez sola se menciona este grado, cuando se trata del llamamiento de los herederos i la adjudicacion de los bienes. ¿Podrá ser casual aquella constante especialidad en el deslinde de la jurisdiccion, i esta no ménos constante jeneralidad en la citacion de los parientes i en la adjudicacion? Estas observaciones nos hacen tanta fuerza, que, en vez de creer derogado, ántes de la instruccion de 26 de agosto, o por esta misma instruccion, el órden antiguo de suceder ab intestato, la miramos, al contrario, como una prueba positiva de que él ha estado en pleno vigor ántes de ella, de que no ha sido alterado por ella, i de que era i es la regla que fija el derecho de los colaterales en las herencias lejítimas.

Otra reflexion poderosísima sujiere el citado artículo 9.°, cuando dispone que, si en los autos que la justicia ordinaria ha de entregar a los subdelegados apareciere que existen *algunos parientes* del difunto, se les haga citar. Es claro que estos parientes, cuya existencia resulta de los autos, no pueden ser de los grados comprendidos dentro del cuarto inclusive, porque en tal caso no estaba inhibida la justicia ordinaria. Luego no pueden ser sino de grados ulteriores al cuarto. Luego éstos, segun la instruccion misma, no están excluidos de las herencias lejítimas, supuesto que ella los manda citar para que justifiquen su derecho.

En algunas de estas consideraciones debió de fundarse don Juan Sala, cuando, retractando lo estampado en sus *Institu-*

ciones *Romano-Hispanas*, miró como poco seguro que, por la instruccion de 1786 se hubiese restrinjido al cuarto grado la sucesion ab intestato de los colaterales. Tal es la opinion que expresa en su *Ilustracion del Derecho Real*, libro 2, título 8, número 11, refiriéndose particularmente al artículo 9.° de la *Instruccion*. Él apoya su duda en una sentencia de 15 de julio de 1802, pronunciada por el superintendente jeneral, adjudicando cierta herencia intestada a las hijas de dos primos hermanos del difunto,* i ademas en el capítulo 2 del real decreto inserto en cédula de 25 de setiembre de 1798 sobre los pagos que deben hacerse al fisco por los parientes traversales que suceden *ex testamento* o *ab intestato*. Pero esta segunda razon es de ningun valor, porque en aquel capítulo se habla promiscuamente de ambos modos de sucesion trasversal, i pudiera entenderse de los parientes hasta el cuarto grado en las sucesiones, tanto testamentarias como lejítimas, i de toda clase de parientes, desde el quinto grado, en las herencias *ex testamento*.

II

Con motivo del reglamento de 25 de setiembre de 1798, de que acabamos de hacer mencion, se discutió por incidencia en el acuerdo de la ilustrísima corte, si la computacion de grados en materia de herencias, debia hacerse por el método civil o el canónico. Sobre este punto, daban poco campo a la duda las leyes del *Fuero Juzgo* i del código de las *Partidas*, i la opinion casi unánime de los autores, que no reconocen como lejítima otra computacion que la civil en materia de sucesiones. Pero recientemente no han faltado algunos que se declarasen por la canónica, a lo ménos en ciertos casos

* Acerca de la práctica de los tribunales en España, aun despues de la *Instruccion* de 1786, habla así el anotador de la *Biblioteca* de Ferráris, tomo 8.°, pájina 447 (edicion de 1795): Circa hoc semper judicia et determinationes tribunalium superiorum, ad quorum sententias seu decisiones in causis hujusmodi patrocinandis caucidici se accingent, præoculis habeantur. Non videtur etenim contemni dispositionem *decimum gradum* signantem, immo observantiam mereri.



particulares. Sala, en el pasaje que dejo citado, apunta la especie de que talvez el cuarto grado de los trasversales de que hablan las leyes en materia de abintestatos se debe entender con arreglo al derecho canónico; i de este modo cree que se conciliará la doctrina que excluye de la sucesion lejítima a los parientes de grados ulteriores al cuarto, con la sentencia que cita el superintendente jeneral. Llámas, en su comentario de las leyes de *Toro*, sienta como cosa segura i averiguada lo que Sala no se atrevió a insinuar sino en tono de duda. Pero despues de la detenida análisis que hemos hecho de las *Leyes de Castilla*, que se han alegado en apoyo de aquella doctrina, no hai para qué admitir una conciliacion tan repugnante a las disposiciones absolutas de nuestros códigos i a la práctica inconcusa que se observa en el cómputo de los grados para las herencias, aun en los estados pontificios.

En lo que recientemente han insistido los partidarios de la opinion contraria, es en un artículo del reglamento de 25 de setiembre, que dice así: «Siendo la sucesion por testamento o ab intestato entre hermanos, hermanas, tios, tias, sobrinos, sobrinas, contribuirán (los herederos) medio por ciento; entre parientes de los demas grados, hasta el cuarto inclusive, dos por ciento; entre otros parientes, etcétera.» Como los sobrinos i tios están en tercer grado civil, i la cláusula que acabamos de copiar supone claramente que desde los sobrinos i tios exclusive, hai varios grados hasta el cuarto, parece necesario creer que la computacion a que se alude en el reglamento es la canónica. Pero obsérvese: primero, que, cuando así sea, nada tiene esto que ver con los derechos de los colaterales; las leyes que mencionan el cuarto grado no lo hacen, segun queda probado, para excluir los ulteriores, sino para demarcar una jurisdiccion; segundo, que, aun admitiendo que el reglamento se haya dictado en semejante sentido, esta deberia mirarse como una disposicion excepcional i especialísima, que dejaba en vigor la regla jeneral para todos los demas casos; tercero, que, aun aplicado el método canónico a la cláusula de que se trata, no suena bien ni parece natural la expresion; pues en la frase los *demas grados hasta el cuarto inclusive*, se supone

que entre el de los tios i sobrinos i el cuarto, hai a lo ménos dos, o, contando con el cuarto, tres; i segun el derecho canónico no hai mas que uno, si se cuenta sin el cuarto, i dos contándolo; i pues tampoco se salva por este medio la impropiedad del lenguaje, i de todos modos es preciso confesar que la redaccion es descuidada e inexacta, lo mejor que podemos hacer aun en el caso del reglamento, es atenernos al principio universal de la computacion civil.

La ilustrísima corte creyó suficientes las dos primeras observaciones para sentar como regla constante que los grados en materia de sucesiones deben computarse segun el derecho civil; mayormente estando derogado entre nosotros el real decreto i reglamento de 1798, como lo afirma don Juan Egaña en su *Memoria Legal sobre los derechos hereditarios de don José María Fernández Balmaceda*, pájina 42.

Queda probado que los derechos de los trasversales en la sucesion ab intestato se extienden hasta el décimo grado, i que la computacion de los grados debe hacerse conforme al derecho civil. Pasemos al segundo punto (primero de los consultados por la excelentísima corte suprema), a saber: ¿cuáles son los derechos de los hijos naturales para suceder ab intestato a su padre, no concurriendo parientes lejítimos de la línea recta o trasversal, que sean llamados a la herencia?

Segun la lei 8, título 13, *Partida* 6.ª, el hijo natural, muriendo su padre intestado i sin dejar descendencia lejítima, hereda las dos onzas, o sea la sexta parte de la herencia; es decir, que si hai parientes de la línea derecha ascendiente o de la traviesa, concurre con ellos llevando la dicha sexta parte; i lo mismo debe suceder, sin duda, en concurrencia de la viuda i del fisco. Ni la lei 6 del mismo título, que traza el órden de la sucesion ab intestato, ni otra alguna, le defiere la universalidad del patrimonio intestado. No tiene, por consiguiente, en qué fundar su derecho a ella, porque los derechos hereditarios son una creacion de la lei, particularmente en la sucesion que por antonomasia se llama *lejítima*.

El acuerdo tomó en consideracion la lei 12 del mismo título,

citada en la consulta de la excelentísima corte. Segun lo que ella dispone, si un hijo natural muere sin testamento, i no deja descendencia ni madre, sus hermanos maternos heredarán todo lo suyo, i a falta de hermanos maternos, los paternos que fueren hijos lejítimos, i en defecto de hijos lejítimos del mismo padre, los hermanos naturales paternos. Esta lei no llama, en ningun caso, ni para parte alguna de los bienes al padre, pero es porque la precitada lei 8 ha ordenado ya que en aquella misma manera en que el hijo natural debe heredar a su padre, segun lo en ella dispuesto, es decir, llevando el sexto de los bienes, en esa misma debe el padre suceder en los bienes del hijo; de donde se infiere que, no dejando el hijo natural descendencia lejítima, la lei de *Partida* llama en el sexto de sus bienes al padre en concurrencia de cualesquiera herederos.

Algunos han mirado bajo diferente aspecto la lei 12, i han deducido de ella que, pues, a falta de descendencia lejítima, i de madre, i de hermanos maternos, suceden en todos los bienes, como próximos parientes, los hermanos de parte de padre, con mayor razon sucederá el mismo padre, cuyo parentesco es directo i mas inmediato que el de los hermanos paternos. Si el padre natural sucede, pues, universalmente al hijo en el caso de que se trata, i por la antedicha lei 8 son recíprocos los derechos de sucesion entre el padre i el hijo, se sigue que el hijo natural debe heredar en un caso análogo (que es el de la consulta de la suprema corte) la universalidad de los bienes paternos.

Otro argumento puede deducirse tambien de la lei 12, suponiendo el caso de morir un hijo natural despues de ambos sus padres, dejando hijos naturales i medios hermanos de la línea paterna. ¿Se limitarán los hijos a percibir el sexto de la herencia, para que pase el resto a los hermanos paternos? Se hace mui duro creer que el lejislador quisiese favorecer tanto a éstos en concurrencia de los hijos. No se columbra principio alguno que pudiese sujerirle tan extraña resolucion. Parece, pues, razonable que en el caso propuesto la intencion del lejislador ha sido deferir el patrimonio del hijo natural a los hijos

de éste, posponiendo los hermanos que solamente lo sean por parte de padre, i posponiendo tambien, por consiguiente, la viuda, que es siempre la penúltima grada en la escala de la sucesion lejítima.

Pero, si tal hubiese sido el concepto del lejislador, no es creíble que en una lei como la 12, en que tan ordenada i cuidadosamente se describe el órden de sucesion a que da lugar la muerte del hijo natural que fallece sin testamento, no se hubiese hecho mencion expresa de los hijos naturales que éste podia dejar, ni de su padre; ni es de creer tampoco que, enumerándose con tanta precision en la lei 6 la serie de los herederos ab intestato a falta de ascendientes i descendientes, hermanos, tios i sobrinos lejítimos, se hubiese olvidado el lejislador de llamar al hijo natural despues de los trasversales, en lugar de lo cual dice en términos expresos que, si el que así muriere sin parientes (i no ha hablado de otros que los lejítimos) no fuere casado, herede los bienes el fisco. Para admitir, pues, la sucesion recíproca del padre i el hijo natural en el todo de los bienes, es necesario suponer, en las leyes que debieron determinar este punto, dos omisiones inverosímiles, i dos llamamientos tácitos, que alterarian el órden que expresamente han establecido las *Partidas*. Sería sin duda mas perfecto de ese modo el conjunto de reglas que fijan la serie de los derechos hereditarios cuando no hai testamento. Pero a nadie toca enmendar la lei, sino al lejislador mismo; i las disposiciones expresas de la de *Partida* son tan claras i congruentes entre sí en materia de sucesion intestada, que no se podria, sin temeridad, introducir excepciones en ella, a pretexto de que tal o cual adjudicacion de los bienes cuadraria mejor con la graduacion de los vínculos de sangre.

Resulta de lo dicho que la sucesion recíproca del padre i el hijo natural se extiende solamente a las dos partes de las doce en que se divide la herencia; i así lo dispone bien clara i expresamente la lei de *Partida:* «de aquella misma manera que el fijo natural puede o debe heredar a su padre en los bienes dél o aprovecharse dellos, *así como sobre dicho es*» (i acaba de decirse que en las dos partes de las doce, no ha-

biendo descendencia lejítima), «en esta misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo e aprovecharse dellos.» Esta es, segun la lei de *Partida*, la cuota hereditaria del padre i del hijo natural entre sí, no habiendo testamento. Esta cuota, i nada mas, es lo que llevan, sea que concurran con ascendientes, con trasversales, con el cónyuje sobreviviente o con el fisco.

En el acuerdo de la ilustrísima corte, se tomó tambien en consideracion *la lei 7, título 22 de los que son recebidos por fijos, libro 4.° del Fuero Real.* Esta lei dice así: «Quien quisiere recebir por su fijo, fijo que haya de mujer que no sea de bendicion, recíbalo ante el rei o ante omes buenos, e diga en tal manera: *este es mi fijo que he de tal mujer* (nómbrela), *e desde aquí adelante quiero que sepades que es mi fijo e que lo recibo por fijo.* E si aquel que lo recibiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos lejítimos no oviere o nietos o dende ayuso;. . . . i esto se entiende de los fijos naturales.»

Que esta lei, cuando dispone del total de la herencia intestada, no habla con los hijos meramente naturales, es fácil percibirlo, observando: 1.° que pertenece al título 22, libro 4.°, cuya inscripcion es: *De los que son recebidos por fijos;* 2.° que, en el lenguaje del *Fuero Real*, *recebir por fijo*, es adoptar, i *recebido por fijo*, adoptivo, como se puede ver en varias otras leyes de este código, i particularmente en la 5 del título *de las herencias*, que tiene este epígrafe, *como el que no tuviere fijos puede dejar lo suyo a su fijo adoptivo;* i lo que tambien se evidencia claramente por el tenor de las leyes que preceden a la 7, en el citado título 22; i 3.° que la formalidad con que la lei 7 manda que se reciba por hijo al natural, conviene en sustancia con lo que se prescribe en la lei 6, para adoptar a las personas que no tienen esta relacion con el adoptante: «Cuando alguno quisiere recebir a alguno por fijo, recíbalo delante el rei, o delante el alcalde concejeramente, en tal manera: *Señor*, si fuere ante el rei, o si fuere ante el alcalde, diga: *Alcalde, éste recibo por fijo de aquí adelante.*»

Habla, pues, la lei 7 con los hijos naturales que reunen a



esta calidad la de adoptivos, lejitimándose por la adopcion, hasta el punto de heredar la hidalguía de sus padres, como lo dice terminantemente ella misma. La expresion con que termina, *i esto se entiende de los fijos naturales*, léjos de oponerse a este concepto, lo confirma. En efecto, cotejando la lei 7 con las anteriores, se ve que el *Fuero Real* reconoce dos clases de adoptivos con diferentes derechos. La primera comprende a los que no son hijos naturales del adoptante; i a ellos se refieren únicamente las leyes anteriores hasta la 6 inclusive, que por eso termina diciendo: *i esto entendemos de los fijos que non son naturales, e son recebidos por fijos*. La segunda, al contrario, comprende solo a los adoptivos que son al mismo tiempo naturales; i de ellos trata en particular la lei 7, que así lo significa por la cláusula final sobredicha.

III

Sobre los puntos de que hemos tratado, fué unánime la decision del acuerdo. No así sobre el segundo de los consultados por la suprema corte, es a saber, si subsiste o nó la disposicion de la lei 6, título 13, *Partida* 6.ª, que, en defecto de heredero de las líneas recta i trasversal, llama al cónyuje sobreviviente.

Varios autores la han creído derogada por la 1.ª, título 22, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, que es la 20, título 19, libro 8.° del *Ordenamiento Real*, i concuerda en sustancia con la 3,* título 5, libro 3.° del *Fuero Real*. Ella previene que, a falta de parientes de los que suben o descienden de línea derecha, o de los de travieso, todos los bienes del que finare sin haber instituido heredero se apliquen al fisco. Pero los términos en que está concebida esta lei dan bastante motivo de dudar que en ella se tuviese la mira de alterar el órden de sucesion ab intestato, porque en tal caso hubiera sido natural excluir expresamente al viudo o viuda. Las disposiciones le-

* No la 13, como se cita equivocadamente en la *Novísima Recopilacion*.



gales suelen aludir a los casos ordinarios, i pasar por alto los que rara vez se presentan; i como acontece tan pocas veces que, faltando la larga serie de herederos llamados ántes por la lei, recaiga el patrimonio intestado en el cónyuje supérstite, no es de extrañar que en la mente del lejislador la idea de una sucesion intestada sin ascendientes, descendientes ni colaterales, se confundiese con la idea de una sucesion vacante.

Se alega a favor de los cónyujes que, si creyésemos derogado por esta lei su derecho recíproco de sucederse ab intestato a falta de parientes, deberíamos creer por la misma razon abolido en igual caso el derecho del hijo natural a las dos onzas del patrimonio paterno, i asimismo el derecho a toda la herencia materna a falta de descendientes lejítimos. Es cosa sabida que en las leyes i en el lenguaje comun, cuando se habla absolutamente de parientes, se entienden los lejítimos. Deberíamos asimismo suponer abolida la cuarta marital de la viuda, sin que valga decir que la cuarta marital no es propiamente cuota hereditaria, sino deuda: lo primero, porque los que la califican de deuda no quieren decir con ello otra cosa, sino que dicha cuarta debe deducirse como las deudas, ántes de la particion de la herencia i no impone a la viuda la responsabilidad *in solidum*, que es propia de los herederos, sino solo hasta concurrencia de su importe; i lo segundo, porque las deudas que la lei crea pudiera ella misma abolirlas, i cuando se manda que *todos los bienes sean para la cámara*, no se excluirian ménos las deudas legales que las cuotas hereditarias. Ahora bien, ¿podria suponerse sin absurdo que el lejislador hubiese querido quitar a la viuda en concurrencia del fisco, cuyo lugar es el último en el órden de sucesion intestada, un derecho que le concede aun concurriendo con los descendientes lejítimos? Luego es necesario creer que, si en la expresion *todos los bienes* no se exceptuó la cuarta marital, fué porque, al ordenar la aplicacion íntegra de la herencia vacante al fisco, no se pensó en fijar los derechos de sucesion, ni se trató de ellos, sino de un modo indirecto, i solo se miraron como vacantes los bienes que lo eran de conformidad con la lejislacion preexistente. I si parece justo creerlo así con res-

pecto a la cuarta, que es de ocurrencia frecuente, mas lo parecerá con respecto a la sucesion ab intestato entre los cónyujes, que ocurre rarísima vez i pudo fácilmente olvidarse.

No nos detendremos en refutar a los que tambien alegan contra el viudo o viuda la *Instruccion de 26 de agosto*, porque lo que dijimos anteriormente, haciendo ver que en ella solo se atendió a demarcar una jurisdiccion nueva, i no a restrinjir el órden antiguo de la sucesion intestada, se aplica al cónyuje sobreviviente de la misma manera que a los colaterales de grados ulteriores al cuarto.

Mas fuerza hace la lei 32 de *Toro*, en que se manda que, cuando el testador no nombró heredero, ni dió poder al comisario para que lo nombrase, ni para que hiciese otras disposiciones, el comisario, pagadas las deudas i cargas, distribuya por el testador la quinta parte de los bienes, i el remanente se parta entre los parientes que viniesen a heredar aquellos bienes ab intestato; i si parientes tales no hubiere, el comisario, *dejando a la viuda lo que, segun leyes de estos reinos le pueda pertenecer*, emplee todo el resto en obras pias, provechosas al ánima del testador. Esta lei no se opone verdaderamente a la citada 6 de *Partida*. Aquélla se refiere a un caso de sucesion testamentaria, porque el poder para testar es un verdadero testamento. La de *Partida*, al contrario, se refiere a un caso de sucesion intestada.

La lei de *Toro* sujiere, sin embargo, un argumento plausible: si el derecho de suceder ab intestato, concedido por la de *Partida* al cónyuje supérstite no estaba derogado cuando se dictó la de *Toro*, ¿por qué, llamando ésta a los parientes que tenian derecho de suceder ab intestato, no llama a falta de ellos al viudo o viuda? El lejislador, deducido el quinto a beneficio del alma del testador, defiere el resto de la herencia a los parientes, porque, cuando el testador no nombra herederos, se entiende que instituye tácitamente a los lejítimos. Luego, si la lei de *Toro*, teniendo presente el órden de suceder ab intestato, llama solo a los parientes, i no al cónyuje supérstite, es porque el cónyuje no tenia ya lugar alguno en aquel órden de suceder. Luego la lei de *Toro* supone derogada la de

Partida en este punto. No se puede suponer aquí el olvido de un caso raro, porque la misma lei habla a renglon seguido de la viuda, i mandando que se le dé lo que le pueda pertenecer, i lo demas se invierta en causas pias, es visto que la limita a la cuarta marital i otros derechos continjentes que no agotan la herencia, i no la cuenta en el número de los herederos ab intestato. Es cierto que tampoco se llama al fisco, pero es por una razon evidente. Como no podia presumirse sin violencia que el testador dejando de nombrar heredero quisiese trasmitir sus bienes al fisco, el lejislador, interpretando benignamente su silencio, manda invertirlos en beneficio de su alma. Pero no puede alegarse igual motivo para la exclusion de la mujer. Una disposicion que ha consultado con tanta liberalidad las afecciones que pueden presumirse en el testador, i las esperanzas de todos aquellos individuos que podian tener alguna alternativa de sucederle, por remota que fuese, ¿hubiera excluido a la viuda, objeto tan especial de la proteccion de las leyes, si la hubiese hallado en la lista de los herederos lejítimos?

Pero, despues de todo, la presuncion que resulta de la incongruencia aparente de la lei de *Partida* i la de *Toro*, no debe prevalecer contra la disposicion terminante de la primera. Faltando, pues, a la precitada del *Ordenamiento Real* aquella calidad de expresion que es necesaria en nuestro derecho para que se entienda derogada una lei, i siendo probable por su contexto que en ella no se ha tratado de definir la herencia vacante con precision, sino aludiendo solamente a los casos comunes, la ilustrísima corte i el gobierno han tenido bastante fundamento para mirar como dudosa, a lo ménos, la derogacion de la lei de *Partida* en lo relativo al cónyuje, concepto que se confirma por los votos de una gran mayoría de nuestros comentadores que se han pronunciado a su favor.

(*Araucano*, año de 1838.)



CUESTIONES LEGALES

Si la falta de claridad i órden en la redaccion de las leyes es un manantial fecundo de dificultades, vacilaciones e inconsecuencias en la administracion de justicia, claro está que los inconvenientes serán todavía mas graves cuando la incertidumbre afecta las bases mismas i los principios fundamentales de la lejislacion. Tiempo hace que se ha hecho sentir este mal en la nuestra, i que se han dictado providencias para remediarlo. Pero a pesar de ellas existe.

¿Qué cosa mas necesaria para la administracion de justicia que determinar exactamente las partes que componen nuestro derecho escrito, fijar el cánon, por decirlo así, de nuestros códigos, i demarcar la autoridad absoluta i relativa de cada uno? Pues estos son puntos que no se hallan deslindados con la precision conveniente; i en que se presentan al majistrado i al jurisconsulto cuestiones diarias i de una importancia incalculable.

Una de ellas recae sobre el carácter del *Ordenamiento Real* u *Ordenanzas Reales*, que corren con el nombre de Montalvo. Muchos han creído que los reyes católicos Fernando e Isabel, en cuyo reinado se publicó esta coleccion, no le dieron fuerza confirmatoria, i que, por tanto, las leyes comprendidas en ella no deben tener mas autoridad que la de sus orijinales. Otros, por el contrario, la han considerado como un rejistro legal i auténtico de disposiciones soberanas. A la verdad, la

cuestion parece decidida recientemente a favor de estos últimos. No vemos qué pueda oponerse a lo que dice Marina, números 450 i 451 de su *Ensayo Crítico*, Gómez i Negro en el apéndice a sus *Elementos de práctica forense*, i Llámas en su *Comentario* a *la lei primera de Toro*. Mas, entre nosotros, aun están divididos los pareceres, i se echa ménos una declaracion que remueva esta fuente de incertidumbres.

Otra cuestion, i de mas momento quizas que la precedente, por el número de casos prácticos a que puede extenderse, es la relativa al *Fuero Real* o *Fuero de las leyes*. Despues de lo dispuesto en la lei 1.ª, título 28 del *Ordenamiento de Alcalá*, i 1.ª de *Toro*, no parece que habria motivo de dudar.

Pero lo cierto es que existe la duda, i que los jurisconsultos no están de acuerdo en la intelijencia de las leyes citadas, opinando unos que, para que valgan las disposiciones del *Fuero Real*, es menester probar que están en uso, i sentando otros, por el contrario, que la cualidad de *ser usadas i guardadas*, de que hablan dichas leyes, se exije solo respecto de los fueros municipales, i no de todos los fueros, incluso el *Real*. Aun los que han adoptado el primero de estos extremos, difieren mucho entre sí. La especie de costumbre, necesaria para el valor del *Fuero*, la parte a quien incumba probar si existe tal costumbre o no existe, i el modo de hacer esta prueba, son puntos en que se encuentra mucha variedad de doctrina, i es fácil columbrar las perniciosas consecuencias que la incertidumbre de cada uno de ellos puede producir en los juicios, i la necesidad urjente de hacerla cesar.

Pero la cuestion de mas trascendencia es la que recae sobre el valor jeneral de la costumbre, cuando está en oposicion a la lei. La citada de *Toro* parecia dejar poca o ninguna duda sobre la materia, cuando al hablar de las leyes de los *ordenamientos* i *pragmáticas*, dispone que se guarde lo contenido en ellas, *no embargante que contra las dichas leyes de ordenamientos i pragmáticas se alegue que no son usadas i guardadas*, i que, cuando por el silencio de ellas i de los fueros se recurra a las leyes de las *Siete Partidas*, se guarde

asimismo lo que por éstas fuere determinado, *aunque no sean usadas ni guardadas*. Esto es claro i terminante; i la salida que han dado a ello algunos autores, pretendiendo que por este uso debe entenderse el que existia a la época de la promulgacion de la lei, nos parece pulverizada por la 11, título 2.°, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, en que se previene que todas las leyes del reino que *expresamente* no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar a la letra, *sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso, pues así lo ordenaron los señores reyes católicos i sus sucesores en repetidas leyes; i yo* (Felipe V) *lo tengo mandado en diferentes ocasiones*. La costumbre podrá autorizarse en otras partes por el silencio del soberano, i mirarse como una derogacion tácita de las leyes a que sea contraria. En las nuestras, el lejislador se ha anticipado a despojarla de este viso de autoridad; él prohibe que se dé semejante interpretacion a su silencio, i ordena que se observen a la letra todas las leyes que él mismo no haya derogado expresamente.

Como éste, hai otros pasajes concordes de nuestros códigos, tal es el de la lei 2, título 16, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, que es tambien de Felipe V. Trátase en ella de los graves perjuicios que se siguen de no observarse lo mandado en órden al rejistro de las hipotecas i censos, i de admitirse en los tribunales los instrumentos de contratas no rejistrados; todo lo cual, dice el lejislador, cesaria si rigorosamente se hubiera observado, como debia, dicha lei, en que se manifiesta el delito que cometen todos los que actúan, sustancian i determinan semejantes pleitos contra el tenor, forma i modo prescrito en ella; i mas a vista de *estar prohibido por leyes de estos reinos el decir que esta u otra cualquiera lei no se debe guardar por no estar en uso*.

No se puede echar por tierra de un modo mas positivo i enérjico el principio de *consuetudo contra legem*, principio que con mucha razon han mirado nuestros lejisladores como una ancha puerta de abusos i corruptelas, que a la larga debilitan e inutilizan el mejor sistema de leyes.

Pero, sea o no fundado este juicio, basta que haya diverjencia de pareceres en materia de tan extensas aplicaciones prácticas, para que sea de necesidad absoluta uniformarlos, restableciendo la regla, o por mejor decir, recordando la obligacion de observarla.

(*Araucano*, año de 1839.)



LA DIFAMACION

Nada es mas pernicioso a la libertad, que la licencia; i nada perjudica en tanto grado a la libre discusion de las medidas i negocios públicos, como los ataques licenciosos a la reputacion individual.

Nuevos en el goce de los derechos i garantías de un gobierno popular, no es extraño que nos dejemos extraviar en su aplicacion i ejercicio, i que, no acertando a fijar la línea de demarcacion entre lo que deben permitir las leyes i lo que deben vedar, creamos que se restrinje i estorba el uso, cuando solo se reprime el abuso. Pero ¿qué son las leyes en toda clase de materias, sino trabas puestas a las inclinaciones mas naturales, a los mas incontestables derechos, para darles una direccion conveniente a la felicidad jeneral? ¿I es acaso el buen nombre, una propiedad ménos sagrada que la de los bienes materiales? ¿O son los golpes que se asestan a la reputacion los que producen heridas ménos dolorosas? Está, pues, obligado el lejislador a prevenir i reparar esta especie de injurias con no ménos cuidado que las otras; i tanto olvidaria su mision dejando expuestas la buena opinion i la respetabilidad social de los ciudadanos a los ultrajes de la maledicencia, como dejando su vida i sus bienes a la merced de los ladrones i asesinos.

Estas son verdades triviales, que nos avergonzaríamos de inculcar, si no viésemos hasta qué punto se ignoran u olvidan. Pero, como en esta materia, el ejemplo de las naciones libres

suele hacernos mas fuerza que las deducciones de principios abstractos, se nos permitirá mencionar aquí algunos artículos del título *Ofensas que afectan la reputacion*, del *Código Penal de la Luisiana*, obra del célebre Livingston. Este código pasa por uno de los mas liberales i filosóficos que se han compuesto; i su autor es un hombre del mas alto concepto en los Estados Unidos por sus virtudes i talentos.

La multa que se impone por la difamacion, cuando se imputa un crímen, puede llegar hasta la cantidad de tres mil pesos, i ser acompañada de prision en estrecho encierro por el espacio de un año. Cuando la difamacion es por la prensa, el encierro bajo custodia es siempre una parte del castigo.

Para que haya difamacion, no es menester que se impute un delito. Basta que se atribuya a una persona un acto u omision que, aunque por su naturaleza no sea criminal, tiende a hacerla odiosa o ménos digna de confianza en el trato social. Hai difamacion siempre que la tendencia natural de las palabras, signos o representaciones que se emplean es a concitar la adversion, burla o desprecio del público hacia alguna persona.

Es libre, por supuesto, la discusion de todas las operaciones de los funcionarios del estado en su carácter ministerial; el exámen severo de su conducta pública; la crítica de sus escritos, i en jeneral, de las producciones literarias de toda especie. Pero los hechos que se alegan deben ser verdaderos; i si no se prueban, constituyen difamacion.

Observaciones acerca de los actos oficiales de las personas públicas, i acerca de los motivos que las han inducido a ejecutarlos, son permitidas por la lei, aunque el autor se equivoque en órden a la tendencia o los motivos de estos actos; pero, si se sujieren falsamente motivos criminales, hai difamacion.

La hai tambien cuando se imputa a una persona ineptitud o falta de honradez en el ejercicio de su profesion, industria u oficio, i no se prueba lo que se alega.

Todos los que hacen, publican o circulan un libelo, son reos de la ofensa de difamacion, etc., etc.

Hé aquí disposiciones que quizas parecerán a algunos demasiado severas. Pero ellas dejan toda la libertad que se necesita para discutir los asuntos políticos, para dar a conocer la tendencia de los actos que se censuran, para denunciar al público la ineptitud o delincuencia de los empleados, para excitar la atencion de la policía hacia los fraudes que puedan cometerse en las profesiones industriales; en una palabra, para todos los objetos útiles. ¿Bajo qué aspecto es conveniente a la sociedad la circulacion de sátiras i dicterios? ¿I con qué pueden justificarse ante su propia conciencia los que se ejercitan en ella?

(*Araucano*, año de 1839.)



LEJISLACION

Que sea necesario interpretar las leyes para su aplicacion a los casos que ocurren, i que en esta interpretacion varíen amenudo las opiniones, es una cosa a que debemos resignarnos como inevitable en todo sistema legal, por acabado i perfecto que se le suponga. Pero los trabajos de la lejislatura pueden estrechar cada dia este campo de incertidumbres i disputas, decidiendo los puntos dudosos; i ella puede hacerlo tanto mas ventajosa i fácilmente, cuanto mas libre se halla, no solo para aclarar lo oscuro i dirimir lo disputable, sino para innovar en las disposiciones existentes, corrijiendo los defectos que la experiencia haya descubierto en ellas.

Esto es relativo a todas las partes de la lejislacion, i es un deber constante i la primera de la ocupaciones naturales del cuerpo lejislativo. Es poco, a la verdad, lo que hasta ahora han podido hacer nuestras cámaras en el ejercicio de una funcion, por decirlo así, permanente i ordinaria. Las leyes fundamentales, i las leyes orgánicas de nuestro derecho público, han absorbido, como era natural, casi toda la atencion del congreso en estas primeras épocas de nuestra existencia política; i sus miradas no han podido fijarse, sino mui pocas veces, en las leyes civiles que conciernen al derecho privado, para examinarlas i perfeccionarlas. Hai, sin embargo, puntos de gravísima importancia, en que, por la oscuridad de las leyes o por la extrema diverjencia de las opiniones de sus intérpretes, se siente cada dia la necesidad de decisiones soberanas, que establezcan reglas precisas. Porque, ¿qué cosa puede ser de mas importancia en un siste-

ma legal, que el cánon mismo de las leyes, es decir, el catálogo de las obras legales que tienen una autoridad soberana i llevan una fuerza obligatoria? Pues, justamente sobre esta materia hai cuestiones de mucho momento en nuestro derecho. Sobre la fuerza obligatoria del *Fuero Juzgo* en nuestros dias, del *Fuero Viejo de Castilla,* del *Ordenamiento de Alcalá*, en cuanto a las leyes contenidas en él que no han sido recopiladas entre las de *Castilla*, i del *Ordenamiento Real*, llamado vulgarmente de Montalvo, hai antiguas i reñidas disputas entre los juirisconsultos españoles. ¿Qué cosa de mas importancia, que el determinar las condiciones precisas que se requieren para la fuerza obligatoria de un código? ¿Qué el saber, por ejemplo, si para que valgan sus disposiciones, deben estar confirmadas por la costumbre? Pues esta duda existe, hace siglos, con relacion al *Fuero Real*, i aun no se ha promulgado una decision soberana que la resuelva. ¿Qué principio de mas vital trascendencia para la administracion de justicia, que el determinar la fuerza i condiciones de la costumbre segun la lei, fuera de la lei i contra la lei? Pues, entre nosotros, hai opiniones diversas en cuanto al modo de calificar la existencia de una costumbre, en cuanto a los años que debe haber durado, i a la naturaleza i número de los actos que han de probarla para que se reconozca como lei. I lo que es mas, a pesar de las expresas i reiteradas declaraciones de nuestras leyes, hai autores doctísimos que sostienen que la lei escrita puede siempre ser derogada por una costumbre contraria; i las opiniones afirmativa i negativa en materia tan grave se hallan hoi en la categoría de las *comunes contra comunes.*

Acerca del *Fuero Juzgo*, la opinion mas acreditada hasta fines del reinado de Cárlos III parecia mirarlo como un cuerpo legal anticuado, que por lo ménos desde la promulgacion del *Ordenamiento de Alcalá*, habia dejado de tener una fuerza obligatoria jeneral. La lei 1.ª, título 28 del *Ordenamiento de Alcalá*, al enumerar los libros legales que debian servir de norma a los jueces en el ejercicio de sus funciones, solo nombra al *Fuero de las Leyes* (que es el *Real)*, i los fueros espe-

ciales o *de partidos* de varias ciudades i villas. Habia, pues, fundamento para creer que, al valerse el lejislador de la expresion *dichos fueros*, hablaba solo de los anteriormente enunciados, entre los cuales no puede comprenderse el *Fuero Juzgo*, a lo ménos como código de jeneral observancia. Decimos de *jeneral observancia*, porque consta que hasta el tiempo del rei don Juan II, aunque carecia de la autoridad de derecho comun, se observaba en algunas partes del reino de Leon como fuero municipal. Una lei que, como la que acabo de citar, da el cánon de las leyes que deben reglar la administracion de justicia, hubiera derogado tácitamente el *Fuero Juzgo*, como código jeneral, por el hecho de pasarlo en silencio. Pero, aun ántes de la disposicion citada del *Ordenamiento de Alcalá*, acordada expresamente para dirijir la conducta de los tribunales, i reproducida con el mismo objeto por las cortes de Toro, ya en el prólogo del *Fuero Real* habia dicho el lejislador que, por cuanto la mayor parte de sus reinos no habian tenido fuero hasta su tiempo, i se juzgaba en ellos por fazañas, albedríos e usos desaguisados, les daba este fuero (el *Real*), para que por él se juzgasen comunalmente sus vasallos; expresiones que pugnan abiertamente con la calidad de lejislacion nacional vijente que se pretende ha conservado hasta nuestros dias el código de los visogodos. Por lo que no alcanzamos la razon que tuviese la Academia Española para deducir de aquella misma lei del *Ordenamiento de Alcalá*, que no estaban derogadas las de la monarquía goda recopiladas en el *Fuero Juzgo;* pues todo lo que de ella puede colejirse a favor de este libro es que, observándose como fuero municipal en algunas partes, deberia tener en ellas autoridad de lei en lo que fuese usado i guardado. I todavía alcanzamos ménos el fundamento de aquella cédula de Cárlos III, que, respondiendo a la consulta de una de las salas civiles de la cancillería de Granada, sobre si deberia conformar su decision en cierto pleito a una lei del *Fuero Juzgo* o a otra de las *Partidas* contraria a ella declara que la lei del *Fuero Juzgo*, no estaba derogada por otra alguna, i debia sentenciarse conforme a ella, no obstante la lei de *Partida*. Si hemos de estar a esta disposicion, no solo

rije en nuestros dias el *Fuero Juzgo*, sino que es de una autoridad superior a la de las *Siete Partidas*, de manera que las leyes de éstas, en lo que tienen de contrario al código de los visogodos, no debe entenderse que lo derogan. I es de notar que por la citada cédula no parece requerirse respecto de las leyes visogodas la condicion de estar en uso, para que prevalezcan sobre las de *Partidas*, como respecto del *Fuero Real* lo exijen, en el concepto de los mas, las arriba citadas del *Ordenamiento de Alcalá* i de las cortes de Toro. ¿Qué trastorno no se introduciria, pues, en los juicios, si adoptásemos las consecuencias directas e inmediatas que parecen deducirse de esta cédula de Cárlos III? Difícilmente puede imajinarse una regla mas a propósito para envolver en nuevas confusiones nuestro sistema legal.

Acerca del *Fuero Real*, es increíble la variedad de opiniones que reina en el foro. Quién lo considera como un código jeneral, de fuerza superior a las *Partidas* sin necesidad de probar la costumbre; quién exije, para concederle autoridad, la condicion de un uso positivo, comprobado por decisiones judiciales; quién se contenta con que no haya uso contrario; cuáles imponen al que alega una lei de este fuero la carga de probar que es usada i guardada; cuáles, por el contrario, imponen, a los que quieran desautorizarlo en alguna materia, la obligacion de hacer ver que en cuanto a ella está en oposicion con el uso; éstos pretenden que el uso que debe probarse es el jeneral, esto es, la práctica de juzgar por él los tribunales en todo jénero de materias, cuando no está derogado por el *Ordenamiento de Alcalá*, o por las pragmáticas, órdenes o estatutos posteriores al año de 1348; aquéllos sostienen que el uso que se requiere es el particular i específico, relativo a la cuestion que se ventila en juicio. I como para que se viese que no hai opinion tan aventurada que no tenga a su favor el dictámen de algun autor grave, hai quien pretenda que las leyes de este fuero, inválidas, por lo jeneral, en cuanto no las fortifica la costumbre, no necesitan de este apoyo cuando concuerdan con las leyes romanas. Todas estas opiniones han sido sustentadas por autores de nota; i no tenemos noticia de que se haya promulgado hasta

ahora una disposicion soberana que remueva las dudas, estableciendo una regla clara i precisa.

En cuanto al *Fuero Viejo de Castilla,* notaremos que la *lei de Toro* da el primer lugar en el cánon legal a las pragmáticas i ordenamientos de los reyes (comenzando por el de *Alcalá)*, sin necesidad de que se pruebe su uso. I siendo cierto que el *Fuero Viejo*, cual hoi lo tenemos, fué compilado por el rei don Pedro, monarca lejítimo de Castilla, que sucedió en el reino a don Alonso XI, que promulgó el *Ordenamiento de Alcalá*, parece constante que este libro tiene todavía fuerza obligatoria, no como quiera, sino independiente de la costumbre, i superior a la de las *Siete Partidas*. Tal es, en efecto, el modo de pensar de sus últimos editores Asso i Manuel. Otros, con todo, sostienen un dictámen diferente, fundándose en que la compilacion del rei don Pedro no fué acompañada de ningun decreto real, que mandase guardar sus leyes. I estando vijentes entre nosotros las leyes castellanas en lo que no han sido derogadas por los estatutos patrios, es visto que en este punto, como en otros muchos, hemos heredado las incertidumbres i oscuridades de la lejislacion española.

Pasemos al *Ordenamiento de Alcalá*. Entre los que sostienen que este es un cuerpo de leyes absoluto en la parte no recopilada, es uno el célebre Jovellános, que cita con este motivo la pragmática de Felipe II, expedida en Madrid, a 14 de mayo de 1567; la cual, dando la primera autoridad a las leyes recopiladas, añade que, en cuanto a las *Partidas* i al *Fuero* (sin duda el *Real*), se guarde lo establecido en la lei de *Toro*. De aquí infiere Jovellános que el ánimo del lejislador fué dejar sin fuerza alguna obligatoria el *Ordenamiento de Alcalá* en lo que no se hallase recopilado; pues si el lejislador hubiese querido que conservase su antiguo valor independiente de la recopilacion, cual se lo daba la lei de *Toro*, parecia natural que lo mencionase junto con las *Partidas* i el *Fuero*.

Acerca del *Ordenamiento Real* u *Ordenanzas Reales* u *Ordenamiento de Montalvo* (que con todos estos nombres es conocido), me contentaré con citar el *Apéndice de los elementos de práctica forense* de Gómez i Negro, donde se ve

la contrariedad de opiniones a que ha dado lugar este libro, mirándolo unos como código auténtico, promulgado por los reyes católicos, i otros como obra privada, sin fuerza ni autoridad alguna. La primera opinion, no disputada de nadie hasta el tiempo de Búrgos de Paz, i despues abandonada de casi todos, ha revivido recientemente i con fundamentos que nos parecen inexpugnables.

Pero de todas las cuestiones arriba indicadas, la mas importante i trascendental, a nuestro modo de ver, es la relativa a la fuerza de la costumbre cuando está en oposicion con la lei. A la verdad, en nuestro derecho hai disposiciones tan repetidas i terminantes sobre esta materia, que parecia no dejaban márjen a la duda. Porque, prescindiendo de la primera de *Toro*, en que se previene la observancia de los ordenamientos, pragmáticas i leyes reales, inclusas las de las *Siete Partidas*, no embargante que contra ellas se alegue que no son usadas ni guardadas, la 11, título 3, libro 3.° de la *Novísima Recopilacion* manda que se observen literalmente todas las leyes del reino que expresamente no se hayan derogado, sin que pueda admitirse la excusa de no estar en uso; i aun son mas fuertes los términos de la 2, título 16, libro 10, donde aludiendo a los inconvenientes que se habian seguido de la inobservancia de cierta lei, se califica de delincuentes a los que actuaban, sustanciaban i determinaban contra el tenor, forma i modo prescrito en ella; «i mas a vista, dice el lejislador, de estar prohibido por leyes de estos reinos el decir que esta i otra cualquiera lei de ellos no se debe guardar por no estar en uso.» Superfluo aparecerá despues de tan categóricas disposiciones una nueva sancion lejislativa; pero, como a despecho de ellas, la diverjencia de opiniones subsiste sobre una materia de tanta consecuencia, aun entre autores gravísimos, talvez sería conveniente poner fin a la duda por medio de una decision soberana.

Fácil es conocer los tropiezos i vacilaciones que deben embarazar en muchísimos casos las deliberaciones de nuestros majistrados por las dudas i disputas que reinan en el foro acerca de la autoridad que deba darse a nuestros antiguos

códigos i a la costumbre. Nos atrevemos, pues, a someter las cuestiones que dejamos indicadas, a la consideracion de nuestro gobierno i congreso, para que, si en su sabiduría lo estimasen conveniente (como nos lo parece a nosotros), se promulgase un nuevo cánon legal, que a semejanza del contenido en la lei 1.ª de *Toro*, determinase de un modo claro i preciso cuáles son los cuerpos de leyes que deban mirarse como vijentes; cuál el órden en que hayan de prevalecer sus disposiciones; hasta qué punto haya de respetarse la costumbre, i qué caractéres la diferencien de las corruptelas i abusos. Acerca de la necesidad de este nuevo cánon, no nos parece posible que haya variedad de opiniones.

(*Araucano*, año de 1839.)

NECESIDAD DE FUNDAR LAS SENTENCIAS

I

La asistencia de los ministros de estado al congreso dará probablemente a las operaciones de este cuerpo la marcha regular que se ha echado ménos en él hasta ahora, i que contribuye mas que todo al pronto despacho de los negocios que se someten a su deliberacion. De este modo, nos lisonjeamos de que, en la presente temporada constitucional, podrán realizarse algunas de las obras indicadas en el discurso del presidente, i en particular, las leyes relativas a la redaccion del código, i al arreglo de los juicios.

Sobre el primero de estos puntos, hemos expresado suficientemente nuestras ideas, i tenemos la satisfaccion de ver que en ellas no hemos sido mas que unos fieles intérpretes de la opinon jeneral de todas las personas sensatas. Nos contraeremos aquí al segundo.

Para que esta reforma sea verdaderamente útil, debe ser radical. En ninguna parte del órden social que nos ha legado la España, es tan preciso emplear el hacha. En materia de reformas políticas no somos inclinados al método de demolicion; pero nuestro sistema de juicios es tal, que nos pareceria difícil no se ganase mucho derribándolo hasta los cimientos i sustituyéndole otro cualquiera. No sería talvez una exajeracion decir que en él se echan ménos todas las garantías que tiene

descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad i amparar el derecho. I lo que a veces nos hace desconfiar de verlas introducidas entre nosotros, es la preocupacion que existe contra algunas de ellas, aun en la clase respetable de los majistrados i jurisconsultos.

Por ejemplo: casi no hai uno que reconozca las ventajas que resultan de que los jueces funden siempre sus decisiones, práctica tan conforme al principio de responsabilidad jeneral, que es el alma del gobierno republicano, o por mejor decir, de todo gobierno. En un país donde el ejecutivo no puede decretar, sino con arreglo a una lei, i citándola, la inversion de la mas pequeña suma de los dineros públicos, ¿tendrá un tribunal la facultad de adjudicar una propiedad litijiosa, que puede valer centenares de miles de pesos, sin decir con arreglo a qué lei o qué principio de derecho hace la adjudicacion, ni por qué el uno de los títulos alegados debe prevalecer sobre el otro? Esto nos parece monstruoso. En el artículo *Estados Pontificios*, que insertamos en nuestro número 194, se verá que aun en aquellos estados, aun a la sombra del poder absoluto i bajo la ménos popular de todas las formas de gobierno, se ha impuesto a los jueces la obligacion de fundar las sentencias.

No podemos ménos de trascribir aquí lo que dice sobre esta materia el docto jurisconsulto Emerigon en su *Tratado de Seguros*, que se mira justamente como una obra clásica de derecho.

«A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (i lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes i reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho i en lo que se llama *summum jus, summa injuria*. Si la lei es clara i precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca, (lei 12, *Qui et a quibus manum)*. La conciencia de la lei vale mas que la del hombre: *conscientia legis vincit conscientiam hominis* (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la lei, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas, cuando se imajinan ser árbitros i maestros de la equidad

(Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decia M Pussort, cuando se redactó la ordenanza de 1667: —Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño. El poder i la soberanía están en la lei, no en él. I si el juez pudiera impunemente contravenir a la lei, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras i vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podria disponer de ellas como quisiese, a pesar de la lei.—

«La injusticia de una sentencia arbitraria es un atentado contra la lei, mas grave que todos los hechos de los particulares que las quebrantan, porque corrompe la fuente misma de la justicia; es un crímen como el de los monederos falsos, que ataca al príncipe i al pueblo. *Omnia sunt incerta cum a jure discessum est. Nec præstari quidquam potest, quale futurum sit, quod positum est in alterius voluntate, ne dicam libidine.* (Ciceron).

«En Inglaterra, los jueces no omiten nada para convencer a las partes i al público de la equidad de sus decisiones. Entre los romanos, las sentencias designaban los motivos que las habian dictado (Sigonius, *de judiciis*). En Italia, los jueces desenvuelven todas las razones de hecho i de derecho que han determinado sus sentencias.

«La reticencia de estas razones es un gran mal para la justicia: primero, un juez, obligado a exponer los motivos de sus decisiones, pondria la mayor atencion en ellos, estudiaria las leyes i se dirijiria por los verdaderos principios; segundo, el litigante, instruido de su derecho por el mismo juez, se abstendria muchas veces del recurso de apelacion; tercero, las sentencias de los jueces inferiores instruirian a los superiores de la naturaleza del negocio, i se conoceria, por ejemplo, a primera vista, si debe sobreseerse en la ejecucion, cuando lo pide un litigante provisoriamente condenado; cuarto, con el trascurso del tiempo, la coleccion de las sentencias así motivadas, formaria un excelente cuerpo de jurisprudencia, mui propio para perfeccionar las leyes.»

Boulai-Paty, que ha dado a luz e ilustrado con notas el tra-

tado *De Seguros* de Emerigon, observa en este lugar: «que se han cumplido ya en Francia los votos del autor, pues los tribunales están obligados a expresar los motivos de sus decisiones.»

II

Hai principios que han adquirido de tal modo la fuerza de cosa juzgada, que para contradecirlos es necesario que el escritor se presente armado de razones incontrastables. Es cierto que, en materia de raciocinio i de experiencia, no se debe prestar un ciego asenso a la autoridad, por imponente que aparezca. Copérnico i Galileo atacaron preocupaciones universales; pero ellos no hubieran obtenido la corona del triunfo, si no hubiesen opuesto a creencias irreflexivas demostraciones matemáticas, i al testimonio de los sentidos mal interpretado, la evidencia de la razon.

Tal es la especie de argumentos que hubiéramos esperado de los impugnadores de un derecho sagrado; de un derecho que tantas naciones sabias han creído necesario para la conservacion de los otros; del derecho que tienen los ciudadanos a que los juzgados i tribunales que fallan sobre su vida, honor i hacienda, sobre cuanto hai de precioso en el mundo, apoyen sus decisiones en las leyes. Mucho ántes de promulgarse la que ha impuesto a la judicatura la obligacion de fundar las sentencias, habíamos sostenido la necesidad de esta práctica i demostrado sus utilidades. A las razones i autoridades alegadas entónces, nada se ha opuesto, que pueda hacer impresion en un ánimo despreocupado. Léjos de eso, las ha corroborado la experiencia. Los inconvenientes que de aquella disposicion se temian, no han aparecido, i majistrados sabios nos han testificado sus buenos efectos.

La existencia de este derecho, su necesidad absoluta, como garantía de una regular administracion de justicia, no es un descubrimiento del siglo XIX. Él habia sido consagrado mucho ántes en los gobiernos populares. La Francia, apénas libre, se apresuró a naturalizarlo en su suelo. Ella lo llevó en su có-

digo a todos los países que dominaron sus armas; i la experiencia de sus saludables efectos, hizo que lo retuviesen, aun despues de recobrada su independencia i restaurada la lejislacion precedente. Él es hoi un axioma en toda la Europa ilustrada. Él cuenta en América la misma fecha que el establecimiento de las colonias inglesas. I entre todas las nuevas repúblicas americanas, no es Chile, por cierto, la primera que ha dado a su libertad nacional este importante baluarte.

Pero, dejando a un lado los ejemplos de las demas naciones, parécenos que basta una superficial reflexion para reconocer el derecho de los pueblos a esta institucion tutelar. Los depositarios de caudales públicos están obligados a dar cuenta de su administracion; i ¿no lo estarán los funcionarios a quienes se ha confiado la seguridad de las personas i propiedades? ¿Un hombre podrá ser enviado al cadalso i una familia sumida en la miseria por un imperioso i lacónico *fiat*, sin que se manifieste la disposicion soberana que lo autoriza, i de que el majistrado por su naturaleza no es mas que el intérprete? Semejante réjimen estaria bien colocado a la sombra de la monarquía despótica, donde los tribunales, emanaciones de una voluntad omnipotente, que manda a nombre de la Divinidad, pronuncian oráculos que no es lícito someter al exámen. El que es dueño absoluto de vidas i haciendas, podrá intimar sus órdenes sin alegar otra razon que *sic volo, sic jubeo.* Pero no es ese el jenio de las instituciones republicanas. Bajo su imperio, la responsabilidad, la cuenta estricta de todo ejercicio del poder que la asociacion ha delegado a sus mandatarios, es un deber indispensable.

Dícese que esta regla de fundar las sentencias es impracticable en una nacion que se gobierna por un cuerpo de leyes tan vasto i enmarañado como el nuestro. La consecuencia que nos parece deducirse de aquí, es la que tambien hemos sostenido en otros artículos de *El Araucano:* que es preciso simplificar nuestra lejislacion; que es preciso reducirla a un todo coherente i armonioso. Si fuese cierto que en su estado actual ella no permitiese a los jueces exponer los fundamentos de sus fallos, eso solo probaria decisivamente que su codificacion es de una urjen-

cia improrrogable. Pero, supóngase la lejislacion española tan complicada i oscura como se quiera, siempre será necesario que el majistrado haya tenido algun fundamento para declarar, a nombre de la lei (porque no puede hacerlo de otro modo), que tal contrato es inválido, que tal acto es criminal i debe castigarse con esta o aquella pena, que tal demanda es justa, que tal excepcion es lejítima. No forma él estos juicios por una secreta inspiracion. No hai un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de la Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas i deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicacion de una lei a un caso especial? Cite la lei. ¿Su texto es oscuro, i se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algun vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La lei calla? Habrá a lo ménos un principio jeneral, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes, ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean? ¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con intelijencia i pureza? ¿I no es la exposicion de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento? El que por un decreto judicial ve engañadas sus esperanzas, cancelados sus títulos, destruida su fortuna, inmolada talvez su existencia, ¿tendrá que someterse a las órdenes del majistrado, como a las de una ciega i misteriosa fatalidad?

La práctica de fundar las sentencias, que bajo este respecto está íntimamente ligada con la naturaleza de las instituciones republicanas, proporciona otras ventajas colaterales de grande importancia. Ella reviste de una sancion solemne la interpretacion de las leyes, i dándole fuerza de costumbre, la convierte en una lei supletoria, que llena los vacíos i dilucida las oscuridades de los códigos. La marcha de los tribunales se hace de esta manera mas regular i consecuente. Las decisiones diverjentes de casos análogos, oprobio de la administracion de justicia, son cada dia mas raras. I no habiendo nada que fije

tanto las ideas, como el órden i armonía que las encadenan, esa misma regularidad i consecuencia facilitan, i por consiguiente propagan i jeneralizan, el conocimiento de las leyes. La jurisprudencia toma por este medio un carácter verdaderamente filosófico; se hace una ciencia de raciocinio; depone la mugre escolástica; se hermana, como la alta lejislacion i la política, con la amenidad i elegancia. Véanse, si no, las colecciones de causas i juzgamientos que se publican en Inglaterra, Francia i los Estados Unidos: compárense las profundas i lúcidas discusiones legales recopiladas en ellas con las glosas i comentarios de casi todos nuestros expositores, en que lo rancio de las formas, lo licencioso de las interpretaciones, las argucias casuísticas, el interminable cúmulo de citas, en que se hunde a cada paso el texto, como un rio tortuoso, que se pierde entre arenales para reaparecer a algunas leguas de distancia, en una palabra, la falta de filosofía, i a veces hasta de sentido comun, hace desabrida i fatigosa la lectura, empaña aun la buena doctrina, i desacredita las ciencias legales. Que esta diferencia se debe en gran parte a la práctica de fundar las sentencias, es para nosotros indudable, porque ella tiende a producir órden i coherencia en el sistema legal, i del órden nace la luz, i la luz no es ménos inseparable de la belleza en las artes, que de la verdad en las ciencias.

(*Araucano*, años de 1834 i 1839.)



SUCESION

DE PERSONAS QUE HAN PERECIDO EN UN MISMO ACONTECIMIENTO.

No creemos distante la época en que el congreso se consagre a la importante obra de la codificacion de nuestras leyes, operacion cuyos buenos efectos se experimentan ya en otros estados americanos. En tal persuasion, i con el objeto de llamar la atencion de nuestros lectores a este asunto, nos proponemos consagrar a él algunos artículos, no tanto para demostrar la necesidad de reformar nuestro sistema legal (pues en órden a eso no puede haber variedad de opiniones), cuanto con la esperanza de sujerir algunas ideas que sirvan talvez para correjirlo i simplificarlo.

Acaso ningun ramo de la lejislacion ejerce un influjo mas directo i trascendental sobre la dicha i el sosiego de las familias que las leyes que reglan la materia de sucesiones. Decir que el lejislador puede sacar de ellas un gran partido para la disciplina de las familias, para la pureza i ternura de los afectos domésticos i para la felicidad conyugal; decir que ellas rodean de consuelo el lecho del moribundo i velan sobre la integridad i conservacion de los patrimonios, es solo dar una lijera idea de su importancia, idea bastante, sin embargo, para que veamos en ellas el mas importante complemento de las disposiciones legales relativas a la traslacion de dominio.

El derecho de suceder trae su oríjen de la lei natural, que, haciendo la industria i la tranquilidad condiciones imprescindibles del órden social, mal podia permitir que la muerte

convirtiese los frutos de aquélla en una presa del primer ocupante, i que la propiedad, envuelta en conflictos diarios, siempre insubsistente i precaria, apénas mereciese este nombre. Mas la lei civil debe darle su desarrollo i determinar la forma en que ha de existir, amoldándolo a las instituciones i aplicándolo a las circunstancias particulares de cada estado.

Sobre la lei que regla las sucesiones lejítimas (que es en la que vamos a ocuparnos desde luego), copiaremos las palabras de un célebre jurisconsulto, Mr. Treilhard, que la llama «el testamento presunto de todo el que fallece sin haber expresado una voluntad diferente.» «Cuando se señala el órden de sucesiones, añade, importa penetrarse de todas las afecciones naturales i lejítimas. Se dispone por todos aquéllos que mueren sin haber dispuesto, i se presume que no han tenido otra voluntad que la lei; ésta, por tanto, debe hablar como hubiera hablado el difunto mismo en el último instante de su vida, si hubiese podido o querido expresarse. Tal es el espíritu en que debe concebirse una buena lei sobre esta materia; intérnese cada uno en su corazon, i allí verá grabado en caractéres indelebles el verdadero órden de suceder.»

El principio que la lei adopta, es la voluntad del difunto, la que se presume por el grado de afecto, así como éste por la proximidad del parentesco. Se prefiere, por consiguiente, la línea de descendientes a la de ascendientes, i ésta a la trasversal, preferencia cuyo fundamento no creemos necesario establecer por medio de argumentos. En nuestra lejislacion actual, que en esta parte corrijió oportunamente la de las *Partidas*, tomada del derecho romano, no se pasa de la primera línea a la segunda, ni de ésta a la tercera, hasta haberse agotado respectivamente la anterior. Mas el derecho de suceder en la línea trasversal, solo llega al décimo grado computado civilmente; i la lei ha fijado este límite, ya porque, extendiéndose mas, la prueba del parentesco daria márjen a embarazosos litijios e indagaciones odiosas; i ya tambien porque mas allá cesarian los sentimientos de afecto, siendo por otra parte bastante raro que un hombre deje solo parientes colaterales en grados ulteriores al décimo. Si esto ocurre, la lei no los admi-

te a suceder, sino que llama al cónyuje sobreviviente, i en último caso al fisco.

Previas estas ideas jenerales, examinemos las disposiciones de nuestra lejislacion sobre algunos puntos particulares; i empecemos por uno que, sin embargo de no ser de frecuente ocurrencia, es el que se presenta desde luego, porque ocupa uno de los primeros lugares en la rúbrica de las herencias lejítimas, i aun de la sucesion en jeneral.

Cuando dos personas, llamadas a sucederse recíprocamente, mueren en un mismo acontecimiento, interesa determinar cuál ha fallecido la última, porque de aquí dependen en todo o parte los derechos de los herederos respectivos. La supervivencia se determina por las circunstancias del caso, i en su defecto por las de la edad i del sexo. La lei 12, título 33, *Partida* 1.ª establece con este motivo dos presunciones: muriendo el marido i la mujer en algun acontecimiento que les acaezca de consuno, se entiende que moriria primero la mujer, porque *es flaca naturalmente;* muriendo juntos el padre o la madre con un hijo o hija, se juzga que éstos premurieron si no son púberes, i por la inversa si lo son. Supongamos, por ejemplo, que hayan perecido en un naufrajio una madre con su hijo, dejando aquélla un hermano carnal, i éste un hermano de padre, extraño por consiguiente con respecto a la madre i al tio. Si el hijo era púber, se entiende premuerta la madre, i la sucesion de ambos pasa al hermano paterno; si por el contrario, el hijo era impúber, él se entiende premuerto, i el hermano de la madre entra a suceder en los bienes de ésta i del hijo. En esta hipótesis, se ve que los derechos del heredero dependen totalmente de la presuncion legal. Supongamos ahora que fallecen en un mismo accidente un padre con su hijo tercero, dejando cuatro nietos sin padre, tres por parte del hijo primojénito i uno por parte del hijo segundo. Si por la pubertad del hijo se entiende premuerto el padre, primeramente se divide el patrimonio de éste en tres porciones, una para cada uno de los hijos, representando los nietos a sus padres difuntos; i luego el del hijo tercero, aumentado con la porcion paterna, se divide entre los cuatro nietos por partes iguales.

Si por ser el hijo impúber se presume sobreviviente el padre, los dos patrimonios reunidos se reparten entre los cuatro nietos por estirpes. Fijemos cantidades: si el padre tenia nueve mil pesos i el hijo tres mil, en la primera suposicion los tres nietos por parte del primojénito percibirán dos mil quinientos pesos cada uno, i el nieto, por parte del segundojénito, cuatro mil quinientos; en la segunda, éste percibirá seis mil pesos, i los tres tendrán porciones iguales de a dos mil. La presuncion legal fija, pues, en esta hipótesis, las porciones de los coherederos.

Pero la lei de *Partida*, concordante con las leyes 9, 22 i 23 del *Dijesto,* título *de rebus dubiis*, solo resuelve dos cuestiones particulares, sin asentar regla alguna para la multitud de otras que pueden ocurrir. En el código frances (artículos 721 i 722), se dan reglas para la decision de casi todos los casos posibles, ajustadas a la diferencia de fuerzas físicas, calculada en razon de la diversidad de edad i sexo. Si perecen juntamente dos o mas personas, menores de quince años, se entiende premuerto el menor. Si todos eran mayores de sesenta, se presume que ha muerto ántes el mayor. Si los unos tenian ménos de quince años i los otros mas de sesenta, se presume que sobrevivieron los primeros. Si los que han fallecido juntos tenian quince años cumplidos i ménos de sesenta, el mas jóven se presume sobreviviente; pero si hai igualdad de edad, o una diferencia que no exceda de un año, se entiende que el varon ha sobrevivido a la hembra. Es preciso confesar que las presunciones en que se fundan estas reglas, son demasiado lijeras. Si se incendia la habitacion en que viven un niño recien nacido i su padre sexajenario, ¿estará en el órden natural que sobreviva aquél al anciano? Nuestro derecho resuelve negativamente; el frances por la afirmativa; i en su misma contradiccion, muestran la incertidumbre de los principios de que parten i la poca consistencia de la base en que estriban. Siendo imposible alcanzar la verdad, el lejislador en estas decisiones solo se ha propuesto establecer una regla que precava los altercados, i sin duda era preciso dar alguna; pero, ¿no pudo excojitar otra mejor, que la que se deriva de unas presunciones tan

vagas? ¿No pudo adoptar un término medio que llenase su objeto de un modo mas equitativo i racional, sin burlar esperanzas que él mismo ha creado? Siempre que las circunstancias del hecho no arrojan presunciones vehementes para juzgar que uno de los que perecieron en un mismo acontecimiento, murió primero que otro, lo que dicta la equidad natural es proceder como si ambos hubiesen exhalado el último suspiro en un mismo momento. Privar a los herederos de alguno de ellos de toda la sucesion, por indicios tan débiles como los que suministra la diferencia de sexo, o de unos pocos años o meses de edad, es una manifiesta injusticia. Aun cuando hai gran diferencia en las edades, ¿quién ignora la multitud de circunstancias de salud, robustez, ajilidad i presencia de ánimo, que pueden modificar la vitalidad, dar fuerzas al individuo para luchar largo tiempo contra el peligro i la muerte, i prolongar su existencia en una razon contraria a la de las presunciones legales?

Juzgamos que la regla siguiente sería mas racional i justa. Cuando mueren dos o mas personas en un mismo acontecimiento, sin que las circunstancias del caso den a conocer con alguna verosimilitud cuál de ellas falleció primero (punto que debe dejarse a la decision del majistrado), el total de los patrimonios reunidos pertenecerá *proindiviso* a los herederos de los difuntos, cabiendo en él a cada heredero el término medio de todas las cuotas que en las diversas suposiciones de supervivencia le tocarian; el cual se obtiene dividiendo la suma de las cuotas por el número de suposiciones posibles. Por ejemplo: naufragan un padre i un hijo; aquél tiene a un hermano por heredero; éste a su madre: el primero deja cuarenta mil pesos de patrimonio; el segundo, veinte mil. Si se supone que falleció primero el padre, cabrán a la madre sesenta mil; al hermano, nada. Si se supone premuerto el hijo, la madre heredará diez mil pesos; i el hermano, cincuenta mil. Suma de las cuotas de la madre, setenta mil; del hermano, cincuenta mil: número de suposiciones, dos. Término medio para la primera, treinta i cinco mil pesos; para el segundo, veinticinco mil. Otro ejemplo: si pereciese en el naufrajio ademas del padre i del hijo un hermano del padre, dejando aquél treinta mil

pesos de patrimonio, el segundo veinte mil, i el tercero diez mil, i se presentasen a la sucesion de los tres patrimonios la madre del hijo, i un sobrino de ambos hermanos, podrán hacerse hasta seis suposiciones de supervivencias; i divididas por este número las sumas de las cuotas de cada heredero, darian por término medio, despreciando fracciones, a la madre treinta i tres mil trescientos treinta i seis pesos, i al sobrino veintiseis mil seiscientos sesenta i siete.

Esta regla nos parece, no solo equitativa, sino de fácil intelijencia i aplicacion a las sucesiones ab intestato. Ella tiene ademas una ventaja política, que no debe desestimarse en un país republicano, i es el favorecer la subdivision de los patrimonios, objeto de mucha importancia para las sociedades modernas, en que la industria i el comercio tienden con tanta fuerza a la acumulacion de los capitales, oríjen fecundo de miserias i vicios.

(*Araucano*, año de 1839.)



MEJORAS DE TERCIO I QUINTO

Serena, 2 de noviembre de 1839.

Señor editor de *El Araucano:*

Sírvase usted admitir este comunicado e insertarlo en las columnas de su periódico.

Si yo hubiese de pertenecer a un estado ciego i orgulloso en el sosten de las leyes o costumbres que una vez adoptó para su gobierno, me cuidaria mucho, por cierto, de no hacer cosa alguna que chocase con unas u otras, por mas fundamentos que tuviese para ello. Pero, cuando soi natural de una nacion que no entiende de tenacidad ni de caprichos en todo lo que toca a la justicia, a su engrandecimiento i perfeccion, por cuyo principio vemos que sus autoridades reforman unas, extinguen otras i crian aquellas instituciones que son mas adecuadas a esos fines, no solo no me arredro, sino que me aliento para publicar una observacion que tiempo há estaba por hacer.

Acostúmbrase en nuestro país a deducir el tercio i quinto que en las testamentarías se dejan de mejoras, de esta manera: primeramente se rebaja la quinta parte del caudal comun; en seguida, se saca la tercera del residuo; luego se subdivide éste en tantas porciones iguales como son las herencias, i despues se procede a las demas estaciones de la particion. Práctica es esta mui antigua, i que se observa tanto en nuestra república, como en otras naciones; mas ella está declarando la guerra, en mi concepto, a la voluntad del testador, a las lejítimas de los herederos, i aun a los mismos mejorados entre sí cuando son

distintos. Digo lo primero, porque disponiendo el testador que del cuerpo de todos sus bienes se dén el tercio i quinto a uno o mas de sus hijos, no aparece razon legal para deducir un quebrado íntegro de todo el caudal, i el otro diminuto. Digo lo segundo, porque, jirándose la cuenta del modo expuesto, hai un exceso en favor de las mejoras, que precisamente grava las lejítimas; i digo lo tercero, porque es imposible que el mejorado en el tercio perciba su legado cabal desde que se ha rebajado la quinta parte de todos los bienes para entregarla al que es mejorado en ella. A esto debe agregarse que la lei que permite las mejoras no manda que la deduccion se haga como se acostumbra.

Los comentadores a las *Leyes de Toro* que tratan de esta materia, conciben mui bien la dificultad o error con que se procede al jirar la cuenta como hemos visto, i aconsejan que se practique de modo que no haya perjuicio para ninguno de los interesados; pero desgraciadamente no señalan las reglas que deben guardarse, ántes al contrario, nos someten a la lei 214 del *Estilo*, con lo que queda pendiente la misma duda. Parece, pues, segun esto, que sería obra digna de nuestras autoridades, el reformar o esclarecer un punto de tanta consecuencia. Yo juzgo que el mal está en el modo de rebajar las mejoras, i por tanto, me he contraído hasta encontrar un medio fácil i seguro, tanto para zanjar esta dificultad, como para deducir quebrados distintos de una cantidad cualquiera, pero como el hombre debe desconfiar de sus propios conceptos, no descubro este método miéntras no vea si el asunto merece para otras plumas mejores la reforma que yo contemplo.

Su mas afectísimo que besa sus manos.

JOAQUIN BERNARDO SAPIAIN

Vamos a contraernos al remitido que sobre el modo de computar las mejoras de tercio i quinto insertamos en nuestro último número.

Creemos que el texto literal de las leyes que hablan de esta materia, anteriores a la 214 del *Estilo*, no prestaba suficien-

te fundamento para la práctica establecida de sacar primero el quinto, i deducir del remanente de los bienes el tercio.

La lei 1.ª, título 5, libro 4.º del *Fuero Juzgo* manda deducir el tercio de mejora de todos los bienes: *tertiam partem rerum suarum.... ex omnibus bonis*. Seguidamente habla del quinto libre, i establece que, fuera de aquella tercera porcion *(extra illam tertiam portionem)*, se separará despues una quinta parte para emplearse en sufrajios, i cualesquiera otros objetos a voluntad del testador. Esta quinta parte no es el quinto de los dos tercios que restan, deducido el de mejora, sino el quinto de toda la masa de bienes, porque la expresion es absoluta.

La lei 9, título 5, libro 3.º del *Fuero Real* dispone en sustancia lo mismo, sin otra diferencia que invertir el órden: «Ningun ome que hobiere fijos o nietos o dende ayuso... no pueda dar ni mandar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; pero, si quisiere mejorar a alguno de los fijos o de los nietos, puédelos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha.» Se ha supuesto que esta última cláusula significaba que el tercio habia de sacarse, no de toda la masa, sino del remanente despues de la deduccion del quinto, porque no se tuvo presente que la palabra *sin* solia tener en lo antiguo la significacion de *extra* o *præter*, fuera de, o ademas de, valor que todavía conserva, como puede verse en el *Diccionario* de la Real Academia Española.

Que esta sea la verdadera significacion de la voz *sin* en esta lei, lo convence la antigua version castellana del *Fuero Juzgo*, que traduce de esta manera la disposicion arriba citada, relativa al quinto: «Puede dar la quinta parte de lo que hobiere, sin aquella tercia *(extra illam tertiam portionem)*.

Sea de esto lo que fuere, prevaleció la costumbre de rebajar el tercio, deduciéndolo del remanente de los bienes, despues de sacado el quinto. Así lo testifica la lei 214 del *Estilo*, primer vestijio de derecho escrito, en que se establece la práctica corriente, que, con cualesquiera fundamentos que se introdujese al principio, es hoi legal i obligatoria, i como tal la reconocen casi unánimemente los expositores de nuestra lejislacion.

En virtud del método prescrito por el *Fuero Juzgo* i por el *Real* (segun creemos que debieron entenderse), el quinto abrazaria tres quince-avos del patrimonio como ahora, i el tercio, cinco. Por el método que hoi rije, el tercio no puede pasar de cuatro quince-avos i las lejítimas diminutas montan precisamente a ocho quince-avos de la masa total, en lugar de siete, a que el padre hubiera podido reducirlas, segun el tenor literal de ambos fueros. La práctica usual ha perjudicado a los mejorados en favor de los herederos, i coartado los derechos de los padres, como propietarios; derechos que, aun sin eso, habian sido excesivamente deprimidos por las costumbres de los godos i de otras razas jermanas, en detrimento de la disciplina doméstica.

El cálculo, sin embargo, no es mas difícil de un modo que de otro, ni en materia de mejoras es este el punto que pide con mas instancia una reforma. Toda esta parte de nuestra lejislacion pudiera reducirse a un corto número de reglas, que, desviándose poco de las costumbres i preocupaciones reinantes, i desatando multitud de cuestiones en que están divididos los intérpretes del derecho real, harian, segun creemos, mas desembarazadas i fáciles las particiones de herencias. Oportunamente nos tomaremos la libertad de exponer sobre esta materia nuestras ideas, por si llegasen a merecer la atencion de la lejislatura.

(*Araucano*, año de 1839.)

CRÓNICA JUDICIAL

DE «EL MERCURIO»

Estamos de acuerdo con el autor de los artículos de la *Crónica Judicial* (números 3275 i 3281 de *El Mercurio)* acerca del órden lójico de los códigos, i del método que convendria seguir para darles la sancion legal, si bien, contrayéndonos al primero de los artículos que hemos citado, no nos parece de tan estricta necesidad aquel órden, que deban aventurarse o retardarse por esta consideracion los grandes bienes que podria procurar a Chile una reforma, aunque fuese parcial e imperfecta, de la lejislacion existente.

Decia Solis, hablando del cardenal Jiménez, que este célebre ministro dejaba de alcanzar algunas veces lo bueno, porque aspiraba a lo mejor, i la historia moderna ofrece numerosos ejemplos de los perniciosos efectos del optimismo en política. Si la practicabilidad i una tal cual seguridad de mejorar lo que se innova son requisitos indispensables de todo proyecto de reforma, es consiguiente que, por mas que halague la perfeccion ideal de códigos refundidos en un molde nuevo, coordinados entre sí, armónicos i simétricos en todas sus partes, sería mucho mejor, a lo ménos en el código civil, que nos ciñésemos a excardarlo de la inútil maleza en que el trascurso de los siglos i la variedad de constituciones políticas, han convertido una parte no pequeña de lo que al principio era talvez oportuno i armonizaba con las ideas i costumbres reinantes; a despejar las incongruencias i llenar los vacíos; a

simplificarlo en suma, conservando su carácter i forma, si no es en lo que disonase con los intereses sociales i con el espíritu de las instituciones republicanas. Todo lo que pase de este límite, presenta inconvenientes graves, como serian, desatendiendo otros menores, la dificultad de la empresa i lo incierto del suceso, si desviándonos demasiado de lo que existe, tentásemos novedades, cuyas influencias no es fácil someter al cálculo; el largo tiempo que necesariamente habia de consumirse en una obra tan vasta; i lo embarazosa que seria la transicion del antiguo al nuevo sistema legal.

Sentado que las alteraciones no deben ser considerables; que el nuevo código se diferenciará mas del antiguo por lo que excluya, que por lo que introduzca de nuevo; i que han de subsistir, como otros tantos padrones, todas las reglas fundamentales i secundarias que no pugnen con los principios o entre sí, la empresa depone el aspecto formidable que a primera vista presenta, i en que la miran ciertos espíritus o demasiado desfavorablemente prevenidos para fiar de fuerzas ajenas, o demasiado modestos para contar con las suyas, o demasiado inertes para emplearlas. ¿I por qué empeñarnos en innovaciones mas extensas? Nuestra lejislacion civil, sobre todo la de las *Siete Partidas*, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan grande i tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia. Una reforma reducida a los límites que acabamos de tratar, no suscitaria contradicciones; no chocaria con los hábitos nacionales, en que las leyes no deben encontrar antagonistas, sino aliados; i pudiera ejecutarse gradualmente, tomando primero una parte de la lejislacion i despues otra. Se lograria de este modo consultar sobre cada innovacion parcial el voto de los intelijentes i del público; se podria juzgar de los buenos efectos de la obra desde los primeros pasos; i si bien su desenvolvimiento sucesivo le quitaria aquel prestijio de creacion i grandeza, que deslumbra al amor propio, esta desventaja, que es de mui poco valor, se compensaria superabundantemente por la superior seguridad de los resultados.

En materia de lejislacion civil, casi todo está hecho; i para

lo que falta o lo que necesita de enmienda, tenemos abundantes materiales en las obras de los expositores. Sus disputas, sus paradojas, sus aberraciones mismas, nos señalan como con el dedo las frases que el lejislador debe aclarar, las cuestiones que importa dirimir, los puntos en que se echa ménos una regla para la direccion de los particulares en sus negocios, i de la judicatura en sus fallos. ¿De cuánto no sirvieron a los lejisladores franceses para la redaccion de su precioso *Código Civil*, los trabajos de Dumoulin, Domat, i sobre todo Pothier? Los de Gómez, Acevedo, Matienzo, Covarrúbias, meditados atentamente i comparados entre sí, ministrarian igual auxilio para la confeccion del código civil chileno. Las producciones de los jurisconsultos de la Francia, que han ilustrado con tanta filosofía su moderna lejislacion, en que se conserva no pequeña parte de los principios fundamentales de la nuestra, nos proporcionarian tambien un apreciabilísimo recurso. Se necesita para la obra, no tanto un jenio creador, como laboriosidad i paciencia, cualidades que están a el alcance de todos i que, estimuladas por el celo patriótico, han sido siempre fecundas de resultados, no espléndidos a la verdad, no marcados por una orijinalidad atrevida, pero útiles, sólidos, i susceptibles de amalgamarse fácilmente con lo que existe, i de empotrarse en el edificio social, sin conmoverlo.

Si se adopta este plan, no será menester que, en la serie de los diferentes trabajos, se siga estrictamente el órden recomendado por el juicioso autor de los artículos de la *Crónica Judicial*. Convenimos en que la mayor parte de las materias que debe comprender el código de comercio tienen tal dependencia de las leyes civiles, que no se pueden tocar aquéllas sin que preceda la revision i enmienda de éstas, como que el código de comercio es una lei de excepcion, que modifica las disposiciones del civil en cuanto se aplican a las transacciones del tráfico terrestre i marítimo. Pero no vemos una conexion igualmente estrecha entre el código civil i el criminal. ¿No se podrán clasificar los delitos i graduar las penas, sin que se haya desarrollado hasta en sus últimas ramificaciones la lei que determina la adquisicion i uso de los

derechos que ejerce el hombre sobre las cosas, las solemnidades del testamento, el órden de la sucesion intestada, las obligaciones i acciones que emanan de los diferentes contratos? La parte relativa a las personas es la que en el código civil tiene un enlace mas intimo con la jurisprudencia criminal. Pero, aun en esta parte, la dependencia es mucho ménos estrecha de lo que a primera vista pudiera pensarse. El código civil considera principalmente aquellas relaciones en cuanto influyen sobre el ejercicio de los derechos de propiedad; el código criminal en cuanto son vulneradas por hechos que, no tanto atacan el derecho constituido por los lejisladores humanos, como las leyes primitivas i eternas, estampadas en nuestros corazones por el autor de la naturaleza.

Tales son las restricciones con que adherimos a la *Crónica Judicial*. Si la materia es tan importante i la necesidad de esta reforma tan jeneralmente sentida, nos lisonjeamos de que el autor se dedicará a promoverlas; i ¡ojalá que su ejemplo estimulase a otros de los muchos que en este país pudieran contribuir con sus luces a la realizacion de una obra tan necesaria, i tan conducente a la felicidad i aun al honor de nuestra patria! ¿No es una mengua que nos gobernemos todavía por códigos que nos hablan un lenguaje intelijible apénas, i nos intiman no pocas veces, a nombre de una autoridad que ha bajado a la tumba, obligaciones que desconocemos, i que están en oposicion directa con nuestros principios constitucionales? ¡Hemos sacudido el yugo de España; i nuestros tribunales republicanos se rijen por los fueros de la edad media española, i por las pragmáticas de los Fernandos, Cárlos i Felipes!

(*Araucano*, año de 1839.)



CONTROVERSIA

ENTRE DON MIGUEL MARÍA GÜÉMES I DON ANDRES BELLO

con motivo de las observaciones que hizo el primero a varios artículos del *Proyecto de Código Civil* (libro de la sucesion por causa de muerte), que se estaba publicando en *El Araucano.*

OBSERVACIONES DE DON MIGUEL MARÍA GÜÉMES

Primer remitido.

Señores editores de *El Araucano:*

Sírvanse ustedes dar lugar en su apreciable periódico a las siguientes observaciones sobre el *Proyecto de Código Civil.*

Vemos con dolor estarse publicando en *El Araucano* varios proyectos de lei, obra de la comision de lejislacion, sin que ninguno de nuestros majistrados i jurisconsultos tome la pluma para hacer sobre ellos algunas observaciones, quedando de este modo la comision privada del laudable fin que se propone al publicarlos. No creemos que este silencio provenga de aprobacion ni reprobacion, sino de la apatía natural los chilenos i que tanto los perjudica. Es verdaderamente extraño que, cuando se trata de insultar, injuriar i revelar los secretos de la vida privada, trabajen las prensas i se publiquen periódicos; i en tratándose de un objeto de tanta trascendencia e importancia como la formacion de un nuevo código, se observe un silencio sepulcral. Testigos son de esta triste

verdad los periódicos publicados ántes de las elecciones i casi todos los que se han publicado entre nosotros. ¡Ojalá pudiéramos animar a los hombres sensatos e ilustrados del mismo espíritu por el bien público, que anima a los demagogos por su bien particular! Nos proponemos hacer algunas reflexiones sobre los trabajos de la comision, mas bien con la mira de excitar a las personas que por sus luces i experiencia puedan hacerlas con provecho, que porque esperemos se saque de ellas grande utilidad.

Es una verdad innegable, en que convendrán nuestros lectores, que, si la equidad es un requisito de la mas alta importancia en las leyes, de ningun modo lo es ménos la claridad. Inútil sería, por estar al alcance de todos, enumerar los funestos resultados que produciria un código en que la oscuridad de sus disposiciones dificultase su intelijencia a la buena fe i presentase un vasto campo a la superchería i astucia. Esta oscuridad creemos se encuentra en algunos de los artículos del *Proyecto de Código Civil.* Sírvanos de ejemplo el 6.° del título 1.° En él, se determinan los derechos de los herederos de dos o mas personas llamadas a sucederse mutuamente i de cuya prioridad de muerte no hai certidumbre. La decision es que se compute la cantidad que cabria a cada uno de los herederos en cada una de las suposiciones posibles relativas al órden de los fallecimientos, i luego se le adjudique el cociente que resulte de dividir la suma de estas cantidades parciales por la suma de las suposiciones. Rogamos a nuestros lectores lean el expresado artículo seis u ocho veces; i despues nos digan cuánto les ha costado su intelijencia, si acaso lo han entendido. Pero prescindamos de su oscuridad i vamos a su aplicacion. En el caso de ser dos las personas de cuya sucesion se trate, entendido el artículo, no es difícil aplicarlo; pero supongamos que las personas son tres, cuatro o cinco. En este último caso, el número de las suposiciones posibles es $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 = 120$, esto es, ciento veinte suposiciones. ¿Habrá hombre de entendimiento tan extenso que pueda fijarse en cada uno de estos casos, i luego hacer la adjudicacion? Creemos que nó; i si lo hai, importaria mas el trabajo del matemático



que hiciese la adjudicacion en cada una de las ciento veinte suposiciones posibles i luego la adjudicacion total, que todo el valor de la herencia, por cuantiosa que fuese. I ¿qué se diria en el caso de ser las suposiciones mil o mas, como puede suceder? Talvez esto parecerá increíble, pero tengan presente el autor del proyecto i los demas miembros de la comision la teoría de las permutaciones, i verán el número prodijioso a que pueden ascender las suposiciones en caso de ser seis, siete o mas las personas. Es, pues, evidente que este artículo pide reforma: cuál sea ésta vamos a ver. Es indisputable la equidad de la disposicion en el caso que por el corto número de personas pueda aplicarse; pero, probada su oscuridad, i aun mas, la imposibilidad de su aplicacion en algunos casos, es indispensable sacrificar algo de la equidad a la claridad i posibilidad de la aplicacion. De las lejislaciones romana, española i francesa, que son las de que tenemos una corta idea, las dos primeras dan reglas particulares para un corto número de casos i la última da reglas jenerales para casi todos los casos; pero todas tres convienen en adjudicar el total de patrimonios a una sola persona, lo que no parece mui equitativo. Nos hallamos, pues, en el caso de no adoptar sus disposiciones i de buscar el remedio en otra parte. Nosotros lo encontramos en el principio establecido en el artículo editorial de *El Araucano* número 480, es decir, suponer que todas las personas de cuya sucesion se trata han fallecido en un mismo momento, i que, por consiguiente, ninguna de ellas sucedió a la otra u otras. Pongamos un ejemplo. Mueren en un naufrajio un padre i su hijo, quedando vivos la viuda del padre i un hermano del mismo. Suponiendo que el padre murió al mismo tiempo que el hijo, no fué su heredero, i por consiguiente todos los bienes de éste pasan a la madre. Tampoco el hijo fué heredero del padre; luego los bienes de éste pasan al hermano. Esta regla tiene sobre las de las lejislaciones de que hemos hecho mencion la ventaja de ser mas equitativa, como que no adjudica todos los patrimonios a una sola persona, i sobre la del proyecto, la de ser mucho mas clara, i sobre todo, aplicable a todos los casos. En suma, creemos que el artículo debe redac-

tarse en estos términos: «cuando dos o mas individuos llamados a sucederse uno a otro a título de herencia o legado, hubieren fallecido en un mismo acontecimiento, como en un incendio, naufrajio o ruina, i no se supiere con certidumbre el órden en que han fallecido; en tal caso, se supondrá que todos han muerto en un mismo instante, i se adjudicará la herencia de cada uno a aquél de los reclamantes que la hubiera adquirido sin la interposicion de los demas que han muerto.» Aclaremos la regla, aplicándola al ejemplo anterior. Sin la interposicion del padre, todos los bienes del hijo hubieran pertenecido a la madre; luego deben adjudicarse a ella. Sin la interposicion del hijo, todos los bienes del padre hubieran pasado al hermano; luego deben adjudicársele.

*U. P. D. I.**

RESPUESTA DE DON ANDRES BELLO AL PRIMER REMITIDO DE U. P. D. I.

I

Vamos a discutir las observaciones del señor U. P. D. I. remitiéndonos a su primer comunicado, inserto en el número 594 de *El Araucano*.

Nuestro corresponsal principia por el artículo 6 del título *Reglas jenerales sobre la sucesion por causa de muerte*, (número 561 de *El Araucano*). Este artículo dice así:

«Cuando dos o mas individuos llamados a sucederse uno a otro a título de herencia o legado hubieren fallecido en un mismo acontecimiento, como en un incendio, naufrajio o ruina, i no se supiere con certidumbre el órden en que han fallecido; en tal caso, se computará la cantidad que cabria a cada uno de los herederos i legatarios en cada una de las suposiciones posibles relativas al órden de los fallecimientos; i se le adjudicará la suma de todas estas cantidades parciales, divididas por el número total de suposiciones.»

* Estas letras son las iniciales de las palabras: *un profesor del Instituto.*

Aplicaremos la regla a un caso particular, para que se pueda mas fácilmente hacer juicio de su justicia i conveniencia i conocer si hai algo de impropio o de oscuro en la redaccion.

Han naufragado juntamente *B*, *C* i *D*, i no se sabe en qué órden fallecieron. *B* es padre de *C* i *D*; deja un patrimonio que representaremos por 15; i ha testado ántes de embarcarse, disponiendo de todos sus bienes a favor de *C* i *D*, pero mejorando a *C* en el tercio i quinto. *C* no tuvo bienes propios. *D* los tuvo, i los designaremos por 8. Se presentan a suceder a los náufragos, por una parte, Pedro, hermano de *B*, i por otra, María, su viuda, madre de *C* i *D*. Figurando con el órden de las letras el de los fallecimientos, hallaremos que todas las suposiciones posibles relativas al segundo son seis, a saber:

1.ª *B*, *C*, *D*,
2.ª *B*, *D*, *C*,
3.ª *C*, *B*, *D*,
4.ª *C*, *D*, *B*,
5.ª *D*, *B*, *C*,
6.ª *D*, *C*, *B*.

En la primera suposicion, sucede que *B* al morir deja 11 de sus 15 a *C* (3 por razon del quinto, 4 por razon del tercio i 4 de lejítima), i los 4 restantes a *D*. Al morir *C*, trasmite sus 11 a María, su madre; i al morir *D*, trasmite a la misma sus 4 de lejítima paterna i sus 8 de bienes propios, es decir, 12. Con que en esta suposicion toca a María toda la masa de las sucesiones confundidas.

En la segunda suposicion, se verifica exactamente lo mismo.

En la tercera, es igual el resultado, porque *D* hereda los 15 paternos i los trasmite junto con sus 8 a María.

En la cuarta, *D* al morir deja la mitad de sus 8 a *B* i la otra mitad a María, su madre; i *B* trasmite sus 15 junto con los 4 de su hijo *D* a su hermano Pedro.

En la quinta, *D* al morir deja 4 a *B* i 4 a María; *B* trasmite sus 15 i los 4 de su hijo *D* a su otro hijo *C*; i *C* trasmite estos 19 a su madre.

En la sexta, *D* al morir deja 4 a *B* i 4 a María; i *B* trasmite sus 15 junto con los 4 que ha heredado de su hijo *D* a su hermano.

Por tanto, hai en favor de María las adjudicaciones hipotéticas que siguen:

23	por la primera suposicion,
23	por la segunda,
23	por la tercera,
4	por la cuarta,
23	por la quinta,
4	por la sexta.
100	

Este total se divide por el número de suposiciones posibles, que es 6; i por consiguiente se adjudican definitivamente a María 16 4/6.

En favor de Pedro, hai solo 19 en la cuarta suposicion i otros 19 en la sexta, que suman 38. Divido por 6, i obtengo el cociente 6 2/6, que es lo que toca definitivamente a Pedro.

Las adjudicaciones hipotéticas son exactamente arregladas a justicia, segun las leyes que hoi rijen; i la adjudicacion definitiva no hace mas que combinar las disposiciones legales con las deducciones evidentes i rigurosamente equitativas del cálculo de las probabilidades.

Todo lo que sea desviarse de la regla del artículo 6, es desviarse de la razon i la justicia, que no deben, sin una manifiesta necesidad, sacrificarse a débiles presunciones, como en las lejislaciones romana, española i francesa, o a una mera ficcion, como en la regla propuesta por el señor P. D. I.

Conviene observar que en muchos casos no habrá necesidad de considerar una por una las varias trasmisiones que por efecto de la lei hayan de verificarse entre las personas difuntas, porque será fácil prever desde luego los resultados de esta operacion i someterlos al sencillísimo cálculo que en el proyecto se indica. Uno de esos casos es el que acabamos de figurar. En efecto, a cualquiera ocurrirá que Pedro no puede

heredar al hermano en ninguna de las suposiciones en que la última persona fallecida sea un hijo; i que, por tanto, nada le cabe en cuatro de las seis suposiciones posibles. Por otra parte, en las suposiciones en que el padre es el último fallecido, que son dos solamente, los bienes propios de los hijos premuertos debieron trasmitirse por iguales partes a los dos ascendientes, de que resulta que, aun en estas dos suposiciones, tocan 4 de los 23 del acervo a la madre. La madre tiene, pues, 23 en cuatro suposiciones i 4 en dos, i el hermano 19 en dos. Tocan, pues, a la madre 23 + 23 + 23 + 23+4+4 dividido por 6; i al hermano 19+19 dividido por 6.

De esta manera, consideraciones sujeridas por la especie de que se trate, facilitarán muchas veces la aplicacion de la regla.

Examinemos ahora las objeciones de nuestro corresponsal.

La primera es la oscuridad de la redaccion. Aunque no nos faltaria razon para pedir que se manifestase en qué consiste esa oscuridad, pues si se analiza cualquiera cláusula oscura se puede siempre dar a conocer qué es lo que hace difícil entenderla, no queremos abundar en nuestro sentido. Si la regla del artículo es mala, será menester desecharla, aunque estuviese redactada con claridad; i si es buena, se podrá mejorar la redaccion, de manera que sea fácil i obvia su intelijencia.

Pasemos, pues, a la objecion importante. La disposicion, dice el señor P. D. I., ofrecerá gravísimas dificultades en la práctica. Pero nuestro corresponsal se ha fijado en casos cuya ocurrencia es sumamente improbable. El mas sencillo de todos, aquél en que no pasan de dos los individuos cuyas sucesiones ha confundido la muerte, no acaece amenudo. El de tres debe ser todavía mas raro; i acaso trascurrirán siglos ántes de presentarse uno de cuatro. Por otra parte, en los casos mas complicados, dado que alguna vez ocurriesen, la operacion sería ciertamente larga i prolija, porque constaria de gran número de particiones hipotéticas; pero no bajo otros respectos difíciles. El mismo caudal de luces legales será necesario para una de ellas, que para cuarenta o sesenta; i todo el cálculo matemático se reducirá siempre a sumar para cada heredero o

legatario sus respectivas adjudicaciones hipotéticas, i a dividir el total por el número de suposiciones posibles relativas al órden de los fallecimientos. No mencionamos el cómputo i formacion de las suposiciones, porque el señor P. D. I. sabe mui bien que no hai jóven que no sea capaz de estas operaciones la primera vez que se le explican. No se necesitan, pues, en ningun caso mas conocimientos matemáticos que el de las operaciones elementales de la aritmética; i nuestro corresponsal exajera mucho cuando dice que, en la aplicacion del artículo, pudiera a veces importar mas el trabajo del matemático que toda la herencia, por cuantiosa que fuese; como si se tratara jamas de otra cosa que de sumar, multiplicar i partir. Segun eso, ¿en cuánto deberíamos avaluar el trabajo necesario para calcular la órbita de un cometa? Todo el oro i plata que han dado las minas del nuevo mundo sería poco para pagarlo.

Bajo otro aspecto, que el puramente legal, pareceria con mejor fundamento que la regla del proyecto puede presentar graves dificultades en muchos casos. Como la verdad es el único objeto que nos proponemos, nosotros mismos vamos a exponerla con toda la claridad posible. Cuando, por ejemplo, son tres los difuntos, cada una de las suposiciones envuelve dos trasmisiones entre ellos, i una distribucion hipotética del acervo entre los concurrentes. En cada una de las suposiciones posibles, la distribucion hipotética resulta de las trasmisiones que por el ministerio de la lei se verifican entre las personas difuntas. I como cada trasmision i cada distribucion hipotética pueden acarrear algunas de aquellas cuestiones de hecho o de derecho que embarazan frecuentemente las sucesiones, parece que en muchos casos el procedimiento puramente legal deberá ser prolijo i laborioso en extremo.

Han perecido, por ejemplo, un padre i dos hijos; i se presentan a la sucesion la madre i otro hijo. Llamaremos a los padres *B*, *C*, i a los hijos *M*, *N*, *P*. *M* ha sido mejorado en el tercio, *N* en el quinto, i a todos ellos ha hecho su padre donaciones, unas revocables i otras nó, unas imputables a las mejoras i otras a las lejítimas. ¡Qué de cuestiones previas para

la division del patrimonio paterno en cada trasmision i adjudicacion! Pero, si bien se reflexiona, la dificultad será mucho menor en la práctica de lo que a primera vista pudiera pensarse. Averiguado en la primera suposicion *B*, *M*, *N*, qué porciones del patrimonio paterno caben a *M*, *N*, *P*, queda allanado este tropiezo para todas las suposiciones siguientes; a que se agrega que muchas veces las mismas cuestiones se presentarian si *B*, *M*, *N*, en lugar de perecer en un mismo acontecimiento, fallecieran en diversos tiempos i en un órden cierto. Con que, aun bajo este aspecto, no parece haber dificultades reales que se opongan a la admision de la regla. Aumentará ella a veces el número de las cuestiones legales, pero otras sucederá al contrario. En el caso anterior de un padre i dos hijos, a cuya sucesion concurren la viuda i el hermano, no hai para qué tomar en cuenta las donaciones hechas en vida por el padre a los hijos, porque este patrimonio pasa todo entero a la viuda o al hermano, segun las diferentes suposiciones.

Creemos, pues, que son en gran parte quiméricas las dificultades que tanto pondera el señor P. D. I., i que la mera posibilidad de ocurrir cada tres o cuatro siglos un caso de extraordinaria complicacion (en que los interesados podrian apelar al medio de una transaccion amigable, como suele hacerse otras veces cuando se trata de ahorrar el tiempo i costos de un largo proceso judicial), no es bastante motivo para desechar una disposicion, que es el fallo mismo de la justicia, pronunciado con una exactitud matemática.

Hemos visto que en el ejemplo arriba propuesto corresponderian, segun la regla del proyecto, 16 4/6 a la viuda, i 6 2/6 al hermano. Segun el código frances, deberia adjudicarse todo el acervo de las sucesiones confundidas a la viuda o al hermano, en virtud de ciertas presunciones debilísimas que determinan el órden de los fallecimientos. ¿No es inicuo aniquilar así los derechos eventuales i frustrar las esperanzas lejítimas de unos, para acumular todas las sucesiones en otros, dándoles mucho mas de lo que pudieron razonablemente prometerse? La regla que propone el señor P. D. I. es ménos injusta, porque

establece una especie de transaccion entre los aspirantes. Pero esa transaccion es arbitraria; tiene por base una mera ficcion. Los 15 del padre deben, segun ella, adjudicarse al hermano; i los 8 del hijo, a la viuda. ¿No sería mejor i mas sencillo dividir la masa comun por igual? Tanta probabilidad tendríamos de acercarnos por este medio, como por el otro, a la proporcion deducida de las leyes i de un cálculo rigoroso. La regla del señor P. D. I. divide el acervo; pero las cuotas que adjudica no tienen a su favor ningun principio de justicia, ninguna vislumbre de probabilidad; el heredero forzoso no es de mejor derecho que el extraño; i el que solo en un corto número de hipótesis heredaria, llevará muchas veces mayor porcion que el llamado a suceder en doble número de hipótesis. Así vemos que, en el primero de los ejemplos propuestos, la *madre de dos de las personas difuntas*, a quien justamente corresponderia *toda la masa en cuatro de las seis suposiciones posibles*, i cierta porcion de ella en las otras, no lleva, segun la regla de nuestro corresponsal, sino como *un tercio de la masa;* adjudicándose *el resto al hermano de una de las personas difuntas*, que *en cuatro de las seis hipótesis no deberia llevar un solo ochavo*, i en ninguna de ellas el todo. Véase, pues, si las dificultades a que pudiera dar lugar en ciertos casos raros la disposicion del proyecto, deben preponderar sobre consecuencias tan contrarias a la equidad, como las que nacerian a cada paso de las otras dos reglas.

La importancia del asunto excusará la difusion de los pormenores en que hemos creído necesario entrar; i si ellos, en el concepto de la comision i de la junta revisora, satisfaciesen a las objeciones propuestas por el señor P. D. I., pudiera talvez facilitarse la intelijencia del artículo, expresando la disposicion en estos términos:

«Cuando dos o mas personas, llamadas a sucederse una a otra a título de herencia o legado, hubieren fallecido en un mismo acontecimiento, como en un incendio, naufrajio o ruina, i no se supiere con certidumbre el órden en que han fallecido; en tal caso, se averiguará lo que deberia adjudicarse a cada heredero o legatario de dichas personas en cada una de

las suposiciones posibles relativas al órden de los fallecimientos; i se adjudicará a cada heredero o legatario la suma de todas sus adjudicaciones hipotéticas divididas por el número total de suposiciones.»

II

Volvemos al artículo 6 del título 1.º de los *De la sucesion por causa de muerte*, en que se trata de las sucesiones dudosas por ignorarse el órden de los fallecimientos de dos o mas personas, llamadas a sucederse mutuamente. La regla del proyecto ha incurrido en la desaprobacion de U. P. D. I. por oscura, i por difícil e imposible de aplicarse a ciertos casos. Examinemos las razones que alega nuestro corresponsal para insistir en su primer reparo.

Si se reflexiona un poco, se reconocerá que no es asequible en la sustancia i el lenguaje de *todas* las leyes aquella claridad superlativa que presenta a la primera ojeada el sentido completo de la disposicion, sin esfuerzo alguno del entendimiento, i sin nociones previas del asunto sobre que recaen. En materia de minas, por ejemplo, no comprenderá fácilmente las disposiciones legales el que no tenga algun conocimiento de las operaciones que se practican en el beneficio de los metales. Para entender una ordenanza de marina, se necesita a veces estar familiarizado con ciertos pormenores del servicio náutico, i hasta del aparejo i de la maniobra, que no están a el alcance de todos. De la misma manera, las leyes que hablan de particiones hereditarias, suponen conocimientos previos de aritmética, i serán precisamente oscuras para todo el que carece de ellos. La lejislacion es llamada a resolver problemas difíciles; i las soluciones que ofrece no pueden ser siempre tan sencillas i claras, que las comprenda todo el mundo a la simple vista. Bentham es acaso el escritor que con mas ahínco recomienda la claridad en la lei. ¿I en qué hace consistir este requisito? En que las expresiones que la contienen sean intelijibles, inequívocas i precisas. Por esta regla, estamos dispuestos a ser juzgados. Analícense todas las frases, todas las palabras del

artículo 6. Véase si, para el que entienda el castellano, i tenga nociones elementales de aritmética, hai alguna que no represente con propiedad su idea, i si de la combinacion de todas las ideas parciales puede salir otra cosa, que la idea completa de la disposicion, sin que sobre o falte nada. No basta decir que un pasaje es oscuro; es necesario probarlo; i la prueba no es difícil para el que sabe la lengua en que está escrito, i es capaz de someter las ideas a una análisis rigorosa. Si hai palabras o frases cuyo significado no sea propio, o no esté a el alcance de los lectores versados en la materia de que se trata, o que se presten a variedad de sentidos, o que hagan nacer ideas repugnantes o absurdas, el pasaje será oscuro. Si no adolece de esos u otros vicios semejantes i designables, la imputacion de oscuridad es injusta.

Nuestro corresponsal ha indicado la causa que en su concepto hace de difícil intelijencia el artículo 6. «Nace, dice, del número de cálculos que se presentan rápidamente a nuestra imajinacion i la confunden: cálculo para saber cuántas son las suposiciones posibles; cálculo para saber cuánto corresponde a cada uno de los coherederos en cada una de ellas; i cálculo para saber lo que corresponde a cada uno de ellos definitivamente.» Pero la marcha de esos cálculos no será ni mas ni ménos rápida de lo que quiera el lector: en su mano está pasar de uno a otro cuán lentamente lo elija la ajilidad intelectual de que le haya dotado el cielo. No se trata de entender al vuelo las palabras vivientes de un sermon o de un drama; se trata de palabras muertas, escritas, que pueden someterse a la autopsia analítica. La marcha de las ideas que despierta en el entendimiento lo que se lee, será veloz, si se lee velozmente; será tarda, si se lee con lentitud, dando lugar a la atencion para que se fije en cada una, i las combine i agrupe a medida que la lectura se las pone delante. Si una lectura rápida o inatenta fuese el criterio para juzgar de lo que es o nó intelijible, sería preciso pasar la esponja sobre una parte no pequeña de todos los códigos conocidos, i aun de todos los códigos posibles.

Dijimos que, pará entender el artículo, no se requeria mas

que el conocimiento de las operaciones elementales de la aritmética. «Es falso,» dice nuestro corresponsal, alegando que no ha visto explicar la teoría de las permutaciones en las clases de aritmética, i que es en el áljebra donde la exponen los autores. Nuestro ilustrado corresponsal nos permitirá decirle que esta razon vale mui poco. Para lo que podria servir la teoría de las permutaciones, es para averiguar el número de suposiciones posibles relativas al órden de los fallecimientos; i esto puede hacerse sin haber saludado el áljebra, por una operacion empírica,* como mil que ejecutan a cada paso los comerciantes, sin saber su teoría. De cien personas que ejecutan i aplican perfectamente la regla de tres, apénas habrá una que sepa dar la razon de lo que practica. Ni se necesita mas para los usos de la vida. El áljebra da para cada jénero de cuestiones un método de solucion, que se puede luego aplicar a los diferentes casos con la sola aritmética. No es menester que todos vayan a el áljebra a pedirla estos métodos: basta que en un país haya cierto número de personas que estén iniciadas en los raciocinios abstractos de la ciencia numérica; éstas dan los métodos i las demas los practican a ciegas, i a veces con mucha destreza. Un piloto se vale, para el cálculo de la lonjitud, de procederes empíricos, fundados en especulaciones científicas que ignora, i a cuyos resultados no ha podido llegarse, sino por los trabajos portentosos de una larga serie de matemáticos de primer órden. Decir que se necesita del áljebra para el cálculo de las suposiciones posibles, nos parece que es como decir que, para pilotear una nave, se necesita ser un Clairaut o un Laplace.

En cuanto al experimento que propone U. P. D. I., le confesaremos paladinamente que, si no se tienen conocimientos de aritmética i si no se lee con atencion el artículo, el resultado

* Si son dos los difuntos, el número de suposiciones es 1 multiplicado por 2. Si tres, 1 multiplicado por 2, multiplicado por 3; si cuatro, 1 multiplicado por 2, multiplicado por 3, multiplicado por 4, etcétera. Esto es todo el cálculo que se necesita; basta haber oído la regla una vez, para practicarla toda la vida, aunque no se sepa la razon de la regla.



será como dice. Pero con estos requisitos, i con el de no llevar una prevencion desfavorable, estamos seguros de que sucederia lo contrario. Estamos seguros, a lo ménos, de que todos los que tengan interes en entender el artículo, lo entenderán perfectamente.

El artículo, se nos objeta en segundo lugar, es difícil o imposible de aplicarse en ciertos casos. Pero, ¿qué casos? Casos que nuestro mismo corresponsal califica de sumamente improbables. En una de las *Causas Célebres* de Gayot de Pitaval,* se hace reseña de las que sobre esta especie de sucesiones dudosas habian ocurrido en Francia hasta su tiempo, cuando aun no se habia fijado regla para decidirlas; i ninguna de ellas presenta un grado de complicacion que hiciese difícil o ímposible la aplicacion del artículo 6. Asesinatos cometidos en las tinieblas de la noche sin testigos; naufrajios en que perecen dos o tres personas; un padre i un hijo muertos en la batalla de las Dunas;** a esto se reduce todo. La reseña que pocos años há hizo el americano Kent*** de los que se han presentado a la decision de los tribunales de Inglaterra, donde tampoco hai regla fija, son aun mas raros i ménos variados. En ninguno de ellos, aparece una combinacion difícil. Otro tanto puede decirse de los que enumera el título *De rebus dubiis* del *Dijesto*. De los Estados Unidos de América, no cita Kent uno solo.

Nuestro corresponsal nos da, en prueba de la inaplicabilidad del artículo, la hipótesis imajinaria de diez personas, cada una de las cuales ha instituido por sus herederos a las nueve restantes. Todas ellas mueren en una batalla sin saberse en qué órden; i cada una deja un hermano que se presenta a reclamar su herencia. ¡El número de suposiciones posibles es tres millones seiscientos veintiocho mil ochocientos! Pero, a esta

* *Le sieur d'Arconville justifié;* tomo 3.º

** El hecho es curioso: el caballero D'Aubergne murió en el ejército frances mandado por Turenne, i su hijo en el ejército enemigo que mandaban el Gran Condé i don Juan de Austria; 4 de junio de 1658.

*** *Commentaries*, II, pájina 435, 2.ª edicion.

falanje de guarismos, podremos oponer otra aun mas formidable. ¿Cada cuántos siglos es de presumir, segun el cálculo de las probabilidades, que se presentará a los tribunales de Chile una cuestion de esa clase? No estamos despacio para hacer la cuenta; pero creeremos no exajerar afirmando que su período de recurrencia se mediria por siglos de siglos. La edad actual del globo terráqueo sería poco en comparacion.*

Pero demos de barato que, de cada cien casos que se presenten a nuestra judicatura, haya uno que no pueda resolverse por el artículo que discutimos. Entre dos reglas, una que resuelve mal todas las especies a que se aplica, i otra que resuelve con la mas perfecta equidad las noventa i nueve especies, i no resuelve la centésima ni bien ni mal, ¿a cuál de ellas debe dar la preferencia el lejislador? A nosotros nos parece que no puede ser dudosa la eleccion. Apénas habrá lei, por buena que sea, que no dicte fallos inicuos en uno u otro caso. Se presenta un testamento en que falta alguna de las solemnidades de derecho; i por mas que el juez i las partes estén convencidos de que en él se contiene la jenuina voluntad del testador, cuya certidumbre es el objeto que se busca en las solemnidades, se declara nulo, i pasa la herencia a personas en que no habia pensado su dueño. Hé aquí una iniquidad eventual, que no prueba nada contra la equidad jeneral i la necesidad de la regla. Pues, ¿cuánto ménos podrá alegarse contra la conveniencia de una lei, no el que su aplicacion sea alguna vez inicua, sino difícil o imposible? No es una misma la lójica de la lejislacion i la de las matemáticas. En éstas, el teorema que deja de ser verdadero una vez, es eterna i absolutamente falso. En aquélla, la justicia, que es la verdad de la lei, puede faltar algunas veces, sin que por eso deje de ser buena i justa la lei: *jura constitui oportet in his quæ ut plurimum accidunt.*

Pero bien, i en ese caso a que no puede aplicarse el artículo 6,

* El caso como lo presenta nuestro corresponsal es en realidad facilísimo, no obstante su aparente complicacion; i eso es cabalmente lo que debe suceder muchas veces. Consideraciones especiales conducirán por un camino expedito i fácil al resultado de la regla jeneral.



¿qué se hará? Dijimos que los interesados podrian recurrir a una transaccion amigable; i extrañamos que esta indicacion haya escandalizado a nuestro corresponsal, como si se tratase de una cosa nunca oída, o ajena de la recta administracion de justicia.

«¿Quién ha dicho, se nos pregunta, que un lejislador debe dejar oscuros o indecisos los derechos de nadie, fundado en las transacciones amigables que pueden celebrarse?» Cabalmente en un caso de sucesiones confundidas por ignorarse el órden de los fallecimientos, *lo ha hecho así* uno de los mas eminentes jurisconsultos i jueces de la Gran Bretaña, lord Mansfield, en el tribunal del Banco del rei.* Si, como dice tambien U. P. D. I., «no es frecuente la felicidad de encontrar en nuestros litijios con personas de probidad i buena fe que por evitar un pleito quieran ceder algo de sus pretensiones,» se hará entónces lo que se hace siempre que un acto pende de la concurrencia de dos voluntades que no pueden o no quieren ponerse de acuerdo: el juez interpone su autoridad, verbigracia, ordenando a los interesados comprometerse, i nombrando él mismo compromisarios en defecto de los renitentes.** Si en el asunto de que se trata se juzgase necesario dar al majistrado una autorizacion especial para proceder de este modo, se podria añadir al artículo 6 un inciso concebido así:

«Cuando, por lo complicado del caso, la aplicacion de esta regla fuese demasiado prolija i costosa, podrá el juez obligar a los interesados a comprometerse, i los compromisarios partirán el total de las sucesiones confundidas del modo que les pareciere mas equitativo, atendidas las circunstancias.»

Creemos completamente satisfechas de este modo las objeciones de U. P. D. I.; i no tememos que nos oponga la arbi-

* Caso de The King v. Hig, año de 1765. Un padre i una hija habian naufragado juntamente. Kent's *Commentaries*, tomo 2, pájina 535.

** Lei 84, § fin, *Dijesto De legatis primo;* lei 1, *Codex, De nuptiis;* § 1, V. *sin autem*, Inst. *De satisdatione tutorum;* lei 1, título 21, libro 10, *Novisima Recopilacion.*

trariedad o error con que podrian proceder los compromisarios; porque, suponiendo que se desviasen un tanto de las consideraciones de equidad que les recomienda la lei, o que no supiesen apreciarlas debidamente, ¿qué comparacion cabe entre este mal, limitado a ocurrencias rarísimas e improbabilísimas, con el mal constante i perdurable de las reglas del código frances, i de la regla propuesta por U. P. D. I?

De todas las que aparece se hayan adoptado o defendido hasta ahora, las del derecho romano, reducidas a dar el total de las sucesiones confundidas a una de las partes, determinando el órden de los fallecimientos por presunciones debilísimas (*trémulas*, como las llama Kent),* son sin duda las ménos conformes a la razon i a la equidad natural. Así, aunque copiadas en nuestro derecho rejio, extendidas i perfeccionadas en el código Napoleon, i trasladadas recientemente al de la Luisiana, conservando siempre el mismo principio de adjudicarlo todo a uno solo, nos parece que ningun entendimiento despreocupado trepidará en rechazarlas. La jurisprudencia francesa de los tiempos anteriores al imperio se mantuvo dudosa i vacilante. Unos adherian a las disposiciones del *Dijesto;* otros sostenian que debia presumirse el órden de la naturaleza en que los hijos sobreviven frecuentemente a los padres; otros querian que se consultasen los sentimientos de humanidad, i que, cuando un padre o madre se presentase a suceder a sus hijos, se desestimasen las pretensiones de los colaterales. «Es ya, decian, demasiado digno de compasion por el accidente fatal que le ha arrebatado a un hijo, sin que se le dé ademas el dolor de ver pasar sus bienes a parientes codiciosos que no tienen pérdida alguna que llorar.» Pero estos mismos presumian la supervivencia de los púberes, cuando los aspirantes a la sucesion eran todos colaterales, i distinguian entre el heredero de sangre, a quien las leyes francesas limitan la denominacion de herede-

* Nada mas incierto que la marcha de la naturaleza en la duracion de la vida. Dion Casio refiere que, despues del gran terremoto de Antioquía, en tiempo del emperador Trajano, se encontró bajo las ruinas un niño vivo, que mamaba el cadáver de su madre. (Gayot de Pitaval en la causa del señor de Arconville.)



ro, i el que lo es solamente por voluntad del hombre, llamado en ellas legatario. Si el testador i el legatario fallecian en una misma catástrofe, era preciso probar que el segundo habia espirado despues para que, en perjuicio del heredero de sangre, se diese cabida a derechos fundados en disposiciones testamentarias.

Igual vacilacion en el foro ingles. El mismo juez que adopta ahora el principio de la simultaneidad de los fallecimientos, presume luego, entre dos consortes, la supervivencia del marido.*

El principio de transaccion parece, con todo, el mas obvio i justo, para conciliar las diversas expectativas turbadas i mezcladas por un accidente fatal. Como sobre este punto tenemos la satisfaccion de que el autor de los remitidos sea de la misma opinion que nosotros, solo nos resta discutir los argumentos con que se empeña en paliar la iniquidad de la especie de transaccion que propone.

No podemos concebir, como fundamento de los varios derechos sobre una sucesion disputada, la presuncion de un hecho, no solo falso, sino imposible, como lo es el que dos o mas difuntos hayan espirado precisamente en un mismo instante.** Las presunciones en que se fundan las reglas del título *De rebus dubiis*, son débiles e inciertas, pero a lo ménos posibles: la de la simultaneidad de dos fallecimientos, ¿i qué sería la de tres o cuatro? raya en lo absurdo. Lo único que podria justificarla sería la equidad de las consecuencias que de ella se derivasen. Veríamos entónces en ella, no el fundamento, sino la fórmula o emblema de la regla; como la ficcion del contrato social en política, o como la ficcion del postliminio en jurisprudencia. Pero nuestro corresponsal, en vez de autorizar la presuncion por las consecuencias, quiere, al contrario, autorizar las consecuencias por la presuncion.

No se sabe si A murió ántes que B, o B ántes que A;

* Sir John Nichols, citado por Kent.

** Se puede apostar el infinito contra la unidad a que dos fallecimientos, por cercanos que se supongan, no han coincidido en un mismo instante de tiempo.

hágase, pues, como si A *i* B *hubiesen espirado en un mismo momento:* esta es la regla, no el fundamento de la regla. Examinemos, pues, la justicia de la disposicion; i dejemos a un lado la ficcion, o mas bien la fórmula, que la expresa. Se alega que, no pudiendo probarse la supervivencia de A ni la de B, debe procederse como si ninguno de los dos hubiese sobrevivido al otro. Lo negamos. Lo que debe hacerse, es transijir entre los derechos de los representantes de A, i los derechos de los representantes de B, *segun la mayor o menor plausibilidad de estos derechos.* Una transaccion equitativa no debe sujetarse a otra regla.

Dícese tambien que la prueba incumbe al actor. Por ejemplo, muertos un padre i un hijo, i reclamando ambas herencias la madre del jóven i el hermano del padre, la madre no puede probar que premurió el padre; i el hermano, por su parte, no puede probar que premurió el hijo. Dése, pues, el patrimonio del hijo a la madre, i el del padre al hermano. Pero, por el principio alegado, para que la madre tome todo el patrimonio del hijo le incumbe probar que premurió el padre, i de no hacerlo debe contentarse con la mitad. I de la misma manera, para que el hermano tome todo el patrimonio del padre, le incumbe probar que premurió el hijo, i de no hacerlo no puede pedir cosa alguna. El principio a que recurre nuestro corresponsal, es una espada de dos filos.

Se alega asimismo que, si por apoyarse en una ficcion se desecha una regla, la regla del artículo 6 no quedaria mui bien puesta, pues se apoya en una multitud de ficciones. Permítasenos decir que no hai tal. La regla del artículo 6 no finje nada. Lo que hace es medir el grado de plausibilidad de cada expectacion por el número de suposiciones que la favorecen. No adopta ninguna de las hipótesis posibles; se limita a enumerarlas i compararlas.

Cítase, en fin, el editorial del número 480 de *El Araucano,* donde se dice, que, «cuando las circunstancias del hecho no arrojan presunciones vehementes para juzgar que uno de los que murieron en un mismo acontecimiento murió primero que otro, se deberia proceder como si ambos hubiesen exhala-

do el último suspiro a un tiempo.» Pero téngase presente que bien o mal, se pensó formular de ese modo, no una regla como la de U. P. D. I., sino la del artículo 6.

SEGUNDO REMITIDO

Continuando nuestras observaciones sobre el *Proyecto de Código Civil*, pasamos al artículo 11 del mismo título 1.° En él, se dispone que sea incapaz de suceder a una persona la que, ántes de deferirse la herencia, hubiese sido condenada judicialmente por el crímen de dañado ayuntamiento con dicha persona, extendiendo la misma incapacidad al cónyuje, ascendientes i descendientes del condenado judicialmente. Consideramos acertada la primera de estas disposiciones, ya se le mire como un medio preventivo para impedir la perpetracion de tales crímenes, ya como un medio represivo para castigarlos despues de cometidos; pero la segunda es, a nuestro parecer, evidentemente injusta. Para hacerlo ver, pongamos un ejemplo. Supongamos que la mujer de Pedro comete adulterio con Juan, que, no teniendo herederos forzosos, habia nombrado herederos a la mujer con quien adulteró i a su marido Pedro. Muriendo Juan despues de juzgada i condenada la mujer por este delito, pierden la sucesion de él, por el artículo de que hablamos, Pedro i su mujer. Que la pierda la mujer no nos parece mal por las razones ya dichas; pero que la pierda Pedro, es lo que no puede parecernos bien de ningun modo. ¿Qué parte ha tenido Pedro en el delito de su mujer para que tambien se le aplique una pena, cual es la pérdida de una sucesion? ¿Es poca la deshonra, son pocas las funestas consecuencias que experimenta un marido por la infidelidad de su mujer para que trate la lei de hacerlas todavía mas gravosas e insoportables? ¿Es justo, es equitativo añadir afliccion al aflijido? Las mismas reflexiones hacemos a favor de los ascendientes i descendientes de la persona criminal, los cuales no deben sufrir las resultas de un delito que talvez no han podido evitar. Somos, pues, de opinion que se suprima la segunda de estas disposiciones.

Artículo 16. En la parte cuarta de este artículo, se declara indigno de suceder al difunto, al que, siendo varon i mayor de edad, no hubiese denunciado el homicidio cometido en la persona del difunto, exceptuándose solamente al cónyuje, ascendientes, descendientes i demas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad con el delincuente. Creemos que tambien deben exceptuarse los eclesiásticos por la prohibicion que les impone el derecho canónico de mezclarse en causas de sangre bajo pena de irregularidad; prohibicion mui conforme con el carácter de los ministros del altar, i que por esta causa debe ser respetada por el derecho civil.

Por el artículo 18, parece que el indigno de una herencia puede ser excluido de ella solo por la voluntad de los interesados en su exclusion. I ¿por qué no exijir tambien la voluntad del difunto? Supongamos que Pedro nombra por sus herederos a los extraños Juan i Diego, i que Juan pone asechanzas a la vida del testador, aunque sin conseguir su objeto. Muere despues Pedro con noticia cierta del hecho de Juan, pero sin excluirlo de su herencia, como pudiera haberlo hecho, queriendo. ¿No es esta una prueba nada equívoca de que Pedro no ha variado de voluntad? I siendo esto así, ¿por qué conceder a los herederos lejítimos de Pedro la facultad de sobreponerse a la voluntad de éste i de invalidar su testamento en cuanto llama a Juan? Otra cosa sería si el testador no pudiese manifestar su voluntad de excluir al indigno, como sucede en el caso de no denunciar el heredero al homicida del difunto, de excusarse sin causa lejítima de los cargos de albacea, tutor, etcétera.

Finalmente, el artículo 23 parece tomado del 730 del *Código Civil* frances, aunque no tiene la claridad de él. En éste, se dispone expresamente que la falta del padre indigno no perjudique a los hijos; en el nuestro, es preciso deducirlo por consecuencia despues de leída la nota. ¿I no es una desgracia que, apénas se promulgue nuestro código, cuando ya necesite, para su intelijencia, anotaciones i comentarios? Nos parece que el artículo estaria mejor redactado en estos términos: «Si

alguno de aquéllos a quienes se debe lejítima es incapaz o indigno de herencia o legado, la parte que a él corresponderia debe darse a sus hijos, sin que el incapaz o indigno pueda reclamar sobre esta herencia el usufructo que las leyes conceden a los padres sobre los bienes adventicios de los hijos.» Hé aquí declarada expresamente la obligacion que tiene un ascendiente de instituir a los hijos de un hijo incapaz ó indigno, sin que pueda pasarlos en silencio instituyendo a un extraño o solo a sus demas hijos; obligacion que solo deja traslucir i no impone directamente el artículo que nos ocupa.

U. P. D. I.

RESPUESTA DE DON ANDRES BELLO AL SEGUNDO REMITIDO

Entre las observaciones del segundo remitido del señor P. D. I., número 602 de *El Araucano*, hai algunas que nos parecen mui dignas de tomarse en consideracion. Tal es la relativa al siguiente artículo del proyecto (11 del título 1.° *Reglas jenerales sobre la sucesion por causa de muerte).*

«Es incapaz de suceder a otra persona como heredero o legatario el que, ántes de deferírsele la herencia o legado, hubiere sido condenado judicialmente por el crímen de dañado ayuntamiento con dicha persona. I la misma incapacidad se extiende al cónyuje, ascendientes i descendientes del que ha sido condenado judicialmente, para suceder por testamento a la dicha persona; excepto hasta concurrencia de aquella parte de los bienes que hubiera cabido al cónyuje, ascendiente o descendiente, si la dicha persona hubiese fallecido sin testamento.»

Antes de darse a este artículo la forma en que se ha publicado, hubo en el proyecto una regla jeneral concebida en estos términos:

«Toda disposicion testamentaria a favor de un incapaz será nula, aunque se haga por interpuesta persona.

«Se entienden personas interpuestas el cónyuje, ascendientes i descendientes del incapaz.

«Serán, sin embargo, capaces de suceder hasta concurrencia de aquella parte de los bienes que les hubiera cabido, si no hubiese habido testamento.»

Este artículo es conforme, en sustancia, al 911 del *Código Civil* de los franceses. Pero, en una redaccion posterior del proyecto, se creyó que esta presunta interposicion era solo aplicable al caso del artículo 11, i pareció mejor injerirla en él por medio de una cláusula adicional, que es la que ha dado lugar a la objecion del señor P. D. I.

Es innegable que la interposicion presunta, convertida así en una directa i jeneral incapacidad, adolece de graves inconvenientes. Para evitarlos, era menester expresarla de modo que no comprendiese los casos en que es evidente que la disposicion testamentaria no tiene por objeto eludir la lei; como, verbigracia, cuando el testamento se otorga despues de los dias del que ha sido condenado judicialmente. Era, pues, de toda necesidad dar otra forma al artículo, por ejemplo:

«Es incapaz de suceder a otra persona, como heredero o legatario, el que, ántes de deferírsele la herencia o legado, hubiere sido, etcétera.

«Toda disposicion testamentaria a favor del que hubiere sido condenado judicialmente por este crímen, será nula, aunque se haga por interpuesta persona. I se presumen personas interpuestas su cónyuje, sus ascendientes i descendientes; pero podrán, sin embargo, suceder hasta en aquella parte de los bienes, etcétera.»

De esta manera, la incapacidad extensiva cesaria en todos los casos en que no puede haber lugar a la presuncion en que se funda.

Mas, aun dada esta forma al artículo, ¿sería justa la disposicion? Nos inclinamos a pensar que nó. Lo primero, i a esto se reducen en sustancia los argumentos del señor P. D. I., porque de ese modo la incapacidad con que la lei marca al culpable, recaeria muchas veces en forma de pena sobre personas inocentes. Lo segundo, porque, en multitud de casos, como los del ayuntamiento incestuoso, puede haber relaciones mui estrechas de familia entre el testador i el asignatario que se

presume interpuesta persona; i no es razonable presumir motivos torpes presentándose causas honestas a que atribuir la asignacion, aun cuando ésta exceda a la cuota que hubiera cabido al asignatario, si no hubiese habido testamento. I lo tercero, porque casi siempre el crímen de dañado ayuntamiento hace una verdadera i grave injuria a la familia de la persona en quien se ha cometido; i no se deben negar al testador culpable los medios de repararla, a lo ménos en parte. Hai lejislaciones que le obligan a ello; pero, aunque calle la lei positiva, la conciencia, lei suprema, se lo prescribe como un indispensable deber, por aquellos medios que la fortuna ha puesto a su alcance. La presuncion en que se funda la regla del proyecto, debe, en nuestro concepto, pesar ménos que estas consideraciones; tanto mas, que esa regla no bastaria para cerrar la puerta a la interposicion de personas en las asignaciones testamentarias, ni a los fraudes que pudieran hacerse a la lei disfrazando las donaciones entre vivos bajo la capa de contratos onerosos.

Sin perjuicio, pues, de que se anulen aquellas asignaciones testamentarias en que se pruebe interposicion de persona o causa para frustrar el objeto de la lei, lo cual dependerá de las circunstancias i debe dejarse a la discrecion del majistrado, somos de opinion que en la materia que nos ocupa, no solo no conviene establecer presunciones *juris et de jure* que extiendan la incapacidad a los conjuntos del incapaz, excluyendo toda prueba contraria, pero ni aun presunciones *juris*, que impongan el *onus probandi* al asignatario. En una palabra, adherimos al modo de pensar del señor P. D. I. en cuanto a la supresion de la cláusula segunda de este artículo.

Nos parece tambien fundada su observacion relativa al inciso 4.º del artículo 16 de este título, en que se declara indigno de suceder,

«El que, siendo varon i mayor de edad, no hubiere denunciado a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, dentro de los dos dias subsiguientes a su conocimiento del hecho, o tan presto como le hubiere sido posible.»

I no solo juzgamos, como el señor P. D. I., que debe excep-

tuarse al eclesiástico, sino que convendria suprimir la cláusula *dentro de los dos dias subsiguientes a su conocimiento del hecho.* Hé aquí, pues, cómo deberia, a nuestro juicio, concebirse esta causa de indignidad:

«El que, siendo varon i mayor de edad, i no teniendo impedimento canónico, no hubiere denunciado a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan pronto como le hubiere sido posible.»

La cuestion que mueve el señor P. D. I. sobre el artículo 18 del mismo título, que es otro de los que censura, ocupó seriamente a la comision, en cuyo seno se suscitó la misma objecion en que funda nuestro corresponsal su juicio; pero no pareció preponderar sobre las razones contrarias.

Cuando un hombre ha cometido una injuria grave contra el que en testamento posterior le instituye heredero, se establece por el artículo 17 que la institucion se mire como una condonacion de la indignidad, si el testamento hubiere sido otorgado libremente i con pleno conocimiento de los hechos. Pero, cuando el testamento fué anterior a la injuria, ¿qué regla deberá seguirse? Segun el señor P. D. I., el mero silencio del testador que supo el hecho, i tuvo tiempo para hacer una nueva disposicion, debe mirarse como una tácita condonacion de la indignidad. La comision ha opinado al contrario. Suponiendo establecido que la indignidad posterior al testamento se purgue por la circunstancia de no haber sido revocado, todavía no puede admitirse como inequívoca la presuncion que resulta de la simple omision de un hecho; omision a que pueden haber contribuido muchas causas. ¡Cuántas veces sucede que muere sin testamento el que pudo i se propuso testar! ¿I será justo que el hombre que ha inferido una ofensa grave, talvez atroz, a un bienhechor, a un hermano, talvez a un padre, insista en retener los bienes del ofendido sin presentar una prueba positiva de haberse revalidado el beneficio de que le ha hecho indigno su delito? La materia es de *lucro captando*, en que no debe darse gran peso a presunciones falibles, que muchas circunstancias pueden hacer debilísimas.

Estas razones adquieren doble fuerza, suponiendo estable-

cida la regla contraria, como en el proyecto. Se otorgan a veces codicilos para confirmar una disposicion anterior. Nada le cuesta al ofendido hacer otro tanto; i si lo omite, conociendo las consecuencias necesarias de su silencio, ¿no da mas bien motivo para que se presuma que, callando, quiso derogar la institucion? ¿Qué necesidad tiene de revocar lo que la lei ha cancelado?

Si se adopta la indicacion del señor P. D. I., será necesario dar una regla mas para el caso de la sucesion intestada.

Las últimas observaciones del señor P. D. I. en este comunicado se refieren al artículo 23, que cree tomado del artículo 730 del *Código Civil* frances. Lo ha sido solo en parte. El artículo del código frances contiene dos disposiciones: primera, que la indignidad del padre no perjudique al hijo que venga a la sucesion por su propio derecho i no por representacion; segunda, que, sucediendo así el hijo, no pueda el indigno reclamar el usufructo que la lei concede a los padres sobre los bienes de los hijos.

Fijémonos en la primera disposicion.

En virtud de ella, si Pedro, hijo de Juan, se hiciese indigno de suceder a su padre, i no hubiese otros hijos de Juan que se presentasen a la sucesion, serian llamados los nietos de Pedro por su propio derecho, como descendientes de próximo grado; i en este solo caso, la indignidad de Pedro no haria perjuicio a sus hijos. Pero, si Juan hubiese dejado dos hijos, Martin i Pedro, en tal caso sucederia Martin, i los hijos de Pedro no podrian suceder ni por su propio derecho, por haber descendientes de mejor grado, ni por derecho de representacion, porque la persona representada es indigna. Tal es la disposicion del *Código Civil* frances.

Ahora bien, la comision ha adoptado una regla del todo diversa. Segun el proyecto, se puede representar al indigno, i aun al incapaz, como puede verse en el artículo 9 del título 2.° (número 563 de *El Araucano)* donde se trata mas oportunamente del derecho de representacion.

No se ha tomado, pues, ni debido tomarse la primera de las disposiciones del artículo precitado; i la materia sobre que

recae se dejó para otro lugar, donde nos parece que se halla expuesta con toda la claridad necesaria.

En cuanto a la segunda disposicion de aquel artículo, que ciertamente es análoga a la del proyecto, conviene advertir que la regla que en éste se fija tiene alguna mas extension de lo que parece haber cocebido nuestro corresponsal. La sucesion que hubiera debido recaer en un indigno, puede pasar a su hijo de varios modos, ademas del que ha tenido presente el señor P. D. I., verbigracia, por haber sido sustituido al padre en la herencia de un extraño; porque, removido el padre, el hijo debe suceder al difunto como mas próximo pariente en la línea trasversal, etcétera. La regla del artículo 23 prescinde del modo como haya recaído en el hijo la sucesion que se defirió primero al padre, i establece jeneralmente que el que se ha hecho indigno de una herencia o legado, que pasa en consecuencia a un hijo suyo, no puede reclamar el usufructo de esta herencia o legado, de cualquier modo que pase. Era preciso expresar la disposicion en términos que abrazasen todas las especies posibles, i así se ha hecho. La redaccion propuesta por el señor P. D. I. tiene, pues, no solo el inconveniente de anticipar la materia de las *asignaciones forzosas* i del derecho de *representacion*, que no pertenece al título 1.°, sino el de contraer la privacion del usufructo a uno solo de los varios casos que pueden presentarse, habiendo igual razon para todos.

Resulta de lo dicho que el señor P. D. I. ha padecido error, cuando cree que en el artículo 730 del código frances se dispone expresamente que la falta del padre indigno no perjudique a los hijos, porque, bien léjos de eso, se da en él a entender que les perjudica para suceder por derecho de representacion. Resulta asimismo que no es necesario sacar deducciones o leer comentarios para saber que, segun el proyecto, la indignidad del padre no daña al hijo, habiendo un artículo que expresamente lo establece. Ni, por otra parte, sería posible sacar semejante consecuencia del artículo 23. De que el padre no tenga el usufructo de la herencia o legado que por su indignidad ha pasado al hijo, ¿cómo pudiera colejirse que la

indignidad del padre no perjudica al hijo? Segun el código frances, le perjudica, i, sin embargo de eso, se dispone que no pueda el padre reclamar aquel usufructo.

Finalmente, hai una notable inadvertencia en el artículo propuesto por el señor P. D. I. en sustitucion al del proyecto. «Si alguno de aquéllos a quienes se debe lejítima es incapaz o indigno de herencia o legado, la parte que a él corresponderia debe darse a sus hijos.» De aquí se seguiria que, si el padre del difunto se ha hecho incapaz o indigno de sucederle, debe pasar su herencia o legado a los hermanos del difunto. ¿Por qué? ¿No pudiera ser esto en perjuicio de varias otras personas de mejor derecho?

TERCER REMITIDO

En el artículo 3 del título 2.°, se dice que son llamados a la sucesion intestada los descendientes lejítimos del difunto, sus ascendientes lejítimos, sus colaterales consanguíneos lejítimos, etcétera. No sabemos qué ha querido decirse con este epíteto consanguíneos añadido a colaterales i no a descendientes ni ascendientes. Esta palabra en lenguaje jurídico tiene dos acepciones, o bien se designan con ella los parientes de consanguinidad en contraposicion a los de afinidad, o los hermanos por parte de padre i sus descendientes; pero no parece estar tomada en ninguno de estos dos sentidos: no en el primero, porque no creemos estén llamados a la sucesion los descendientes ni ascendientes por afinidad, i si éstos se consideraron suficientemente excluidos con solo el atributo *lejítimos*, éste solo debió bastar tambien para excluir a los colaterales afines sin necesidad del adjetivo consanguíneos; tampoco en el segundo, porque en el artículo 15 son expresamente llamados los unilaterales o medios hermanos, ya sean uterinos, ya consanguíneos. Resta, pues, o que la palabra tenga algun tercer sentido con el que no atinamos, o que esté puesta de mas: si lo primero, indispensable es redactar el artículo con mas claridad para que sepamos lo que dispone; si lo segundo, lo que casi no nos atrevemos a creer, debe suprimirse la expresion.

Una palabra de mas en una lei puede ser oríjen de infinitos males.

En el artículo 15, se dispone que los hermanos uterinos o consanguíneos concurran con los hermanos carnales *personal i representativamente.* Con respecto a estos dos últimos adverbios, nos hallamos exactamente en el mismo caso que con respecto a la palabra consanguíneos del artículo anterior. ¿Qué quiere decir concurrir personal i representativamente? Concurrir personalmente es, a nuestro juicio, heredar por derecho propio sin necesidad de representar a nadie, i concurrir representativamente es heredar en representacion de otra persona: por ejemplo, muere mi abuelo habiendo muerto ántes mi padre; entro a sucederle juntamente con sus hijos, éstos por derecho propio, yo representando a mi padre. Fácil es entender cualquiera de estas dos expresiones por sí sola; pero ¿las dos a un tiempo? Si se sucede personalmente, ¿cómo se sucede representativamente, i vice-versa? Esta incompatibilidad que hai entre suceder personalmente i suceder representativamente está reconocida por el autor del proyecto, como lo prueba el artículo 10 de este mismo título 2.° En él, se establece que, aunque los nietos o sobrinos del difunto pudiesen suceder por derecho propio, sin embargo, sus porciones sean las mismas que les cabrian si heredasen representativamente: por ejemplo, muere Pedro, dejando un sobrino, hijo de su hermano Juan, dos sobrinos, hijos de su hermano Diego, i tres sobrinos, hijos de su hermano Antonio; la herencia es de doce mil pesos; si sucediesen los seis sobrinos personalmente, como se verificaria en virtud de las leyes romanas i españolas, la porcion de cada uno sería dos mil pesos, que es el cuociente que da doce mil dividido por seis; pero, sucediendo representativamente, el primer sobrino tomará cuatro mil, los dos segundos otros cuatro mil, i los tres últimos otros cuatro mil. En el primer caso, el hijo de Juan toma la tercera parte de lo que corresponde a los tres hijos de Antonio; en el segundo, toma tanto como estos tres últimos juntos. Hé aquí la diferencia, la oposicion que hai entre estos dos modos de suceder: si se sucede personalmente, no puede sucederse representativamente, i por

el contrario. En vista de esto, no sabemos cómo han querido conciliarse dos cosas tan opuestas en el artículo 15. Mas estas reflexiones son para el caso de tomarse copulativamente los dos adverbios, que es como los toma el artículo mencionado. Considerándolos disyuntivamente, entendemos mui bien cómo un hermano concurra personalmente a la herencia de otro hermano intestado, pero, ¿representativamente? ¿A quién puede o necesita representar un hermano para entrar en la herencia de otro hermano? Confesamos francamente que no lo comprendemos.

Despues de llamar a los hermanos uterinos o consanguíneos juntamente con los carnales a la sucesion del hermano, dispone el mismo artículo 15 que la porcion de los primeros sea la mitad de lo que corresponda a los últimos, advirtiendo en la nota que esta disposicion está tomada del *Código Civil* frances. El artículo de este código, que parece tener alguna analojía con el que nos ocupa, es el 733. Si de éste se ha tomado la disposicion, o no lo ha entendido el autor del proyecto, o somos nosotros los que no lo entendemos, porque los resultados de los dos artículos son distintos. Para que se vea quién lo entiende o nó, séanos permitido copiar aquí el artículo del código frances, i en seguida poner un ejemplo resolviéndolo por los dos artículos. Dice el expresado artículo 733 traducido: «To la sucesion que recae en ascendientes o colaterales se divide en dos partes iguales: una para los parientes de la línea paterna, otra para los parientes de la línea materna. Los parientes uterinos o consanguíneos no son excluidos por los carnales, pero solo toman parte en su línea.... al paso que los carnales toman en las dos. No se hace la sobredicha division solo cuando hai ascendientes o colaterales en una línea.» Vaya el ejemplo: muere Pedro dejando por herederos a un hermano carnal, dos uterinos i tres consanguíneos; la herencia es de veinticuatro mil pesos. Esta cantidad debe dividirse en dos partes iguales, o lo que es lo mismo, en doce mil para una línea i doce mil para la otra. El hermano carnal concurre con los dos uterinos en los doce mil pesos de la línea de éstos; i componiendo con ellos la suma tres, a cada uno corresponden cuatro mil pesos. Concurre tambien el hermano carnal con los tres consanguíneos en los doce mil pesos de esta línea; i com-



poniendo con ellos la suma cuatro, a cada uno corresponden tres mil pesos. El resultado es que a cada uno de los uterinos corresponden cuatro mil pesos, que es mas de la mitad de los siete mil que corresponden al carnal juntando sus dos porciones; i a cada uno de los consanguíneos corresponden tres mil pesos, que es ménos de la mitad de los siete mil del hermano carnal. Con lo dicho, parece demostrado hasta la evidencia que por las leyes francesas la porcion del medio hermano no es la mitad de la porcion del hermano carnal, como lo dispone nuestro artículo 15, sino que puede ser la mitad, mas de la mitad o ménos de la mitad: será la mitad en el caso raro i mui casual de ser tantos los hermanos uterinos como los consanguíneos, i será mas o ménos de la mitad en todos los demas casos. Resolviendo el ejemplo por lo dispuesto en el artículo 15, esto es, de modo que la porcion de cada uno de los medios hermanos sea la mitad de lo que corresponde a un hermano carnal, tenemos por resultado, sin reducir ni simplificar los quebrados: porcion de cada uno de los cinco medios hermanos, $3,428^{16}/_{28}$ pesos; porcion del hermano carnal, $6,856^{32}/_{28}$ pesos. Consecuencias: primera, luego por el derecho frances la porcion del medio hermano no es precisamente la mitad de lo que corresponde al hermano carnal; segunda, luego la disposicion del artículo 15 no está tomada del código frances, que era lo que queríamos demostrar.

Por via de digresion, diremos quisiéramos que, cada vez que trata de tomarse una disposicion del código frances por creerse mas equitativa que la de nuestras leyes, se trasladara el artículo, si fuera posible, literalmente; de este modo, ganaríamos, si no en equidad, al ménos en claridad, que no es poca ventaja. No se nos oculta que la mayor parte de nuestras reflexiones, i quizá todas, tengan respuestas satisfactorias por tomarse las palabras que criticamos en algun sentido que no se nos ocurre, pero eso quiere decir solamente que los artículos que hemos censurado no admiten reforma por absolutamente inintelijibles, pero no que no la necesiten por sumamente oscuros i por admitir varios sentidos.

U. P. D. I.

RESPUESTA DE DON ANDRES BELLO AL TERCER REMITIDO

Nos referimos al remitido del señor P. D. I. (número 605 de *El Araucano)*.

Es mui juiciosa su observacion sobre la redundancia de la palabra *consanguíneos* en el artículo 3 del título 2.° del proyecto. Nos inclinamos a que se suprima; i a mayor abundamiento añadiríamos despues de la palabra *fisco* esta cláusula: «Los afines no son llamados en ningun caso a la sucecion intestada.»

Respecto del artículo 15, notaremos en primer lugar que con las palabras *personal* i *representativamente* contrapuestas no se ha querido designar la sucesion por derecho propio i la sucesion por derecho de representacion. Sucede *personalmente* el que sucede en persona propia; sucede *representativamente* el que sucede en persona ajena, esto es, representado por otros. *M* ha tenido dos hijos *N*, *P*; i *N* muere ántes que su padre, dejando dos hijos, *Q*, *R*. Muerto *M*, le sucede *P* personalmente, i *N* representativamente, esto es, en la persona de sus hijos *Q*, *R*. La sucesion personal es real; la sucesion representativa es imajinaria i figurada. Si se prefiere expresar las mismas ideas con otras palabras, no nos opondremos a ello.

La conjuncion *i* que enlaza los dos adverbios, no supone precisamente que los dos derechos, referidos a una misma persona, sean simultáneos en su ejercicio, sino que los hermanos uterinos o consanguíneos tienen el uno i el otro para ejercerlos en el tiempo i modo prefinidos por la lei. Sin embargo, desconfiados de nuestras propias impresiones, i deseosos de remover todo tropiezo, proponemos la redaccion siguiente:

«Los hermanos uterinos i los hermanos consanguíneos son llamados a la sucesion junto con los hermanos carnales, i pueden ser representados por su posteridad lejítima; pero la porcion del hermano uterino o consanguíneo, será la mitad de la porcion del hermano carnal.

La segunda parte del artículo contiene una disposicion sencilla i clara; nada importa que se tomase del *Código Civil* fran-



ces o de otra parte. La cuestion que convendria discutir sería esta: ¿cuál de las dos disposiciones, la del código frances o la del proyecto, es la mas conforme a la equidad i la mas conveniente? Sobre este punto oiríamos gustosos el voto del señor P. D. I.

A nosotros nos parece preferible bajo todos respectos la segunda. Concurren, por ejemplo, un hermano carnal, un consanguíneo i cinco uterinos, a un patrimonio de doce mil pesos. Segun el código de los franceses, llevará el hermano carnal cuatro mil pesos: tres mil por su parte de la mitad correspondiente a la línea paterna, i mil por su parte de la mitad correspondiente a la línea materna. El hermano consanguíneo llevará tres mil pesos, i cada uno de los uterinos, mil. Pero ¿es eso lo que dicta la justicia? ¿Hai razon para que un hermano uterino cuya conexion con el difunto es por lo ménos tan fuerte como la del consanguíneo, lleve solo la tercera parte de lo que a éste adjudica la lei? Lo que la justicia sujiere evidentemente, es que al doble vínculo se adjudique doble porcion; que los hermanos carnales lleven porciones iguales; i que la misma igualdad se establezca entre todos los medio-hermanos, sean uterinos o consanguíneos. Nos atrevemos a decir que el código frances ha llevado demasiado léjos la division por líneas. Entre ascendientes, puede concebirse que milite a su favor la equidad; pero entre hermanos nada divisamos en que pueda apoyarse. ¿I qué diremos de lo que, continuando la division por líneas, dispone el código frances respecto de los demas colaterales? Si concurre un tio paterno del difunto con un colateral en el duodécimo grado de la línea materna, suceden ambos por partes iguales! Si concurren tres tios paternos con el colateral distante, no se da a cada tio paterno, sino la tercera parte de lo que se da al colateral! A fuerza de jeneralizar un principio, se puede perder de vista la voluntad presunta del difunto, fundamento verdadero de las leyes que reglan la sucesion intestada.

Las reglas que establece el proyecto, son diversas i mucho mas equitativas. Contrayéndonos a la de los hermanos, supongamos un patrimonio de setenta mil pesos, a que son llamados, como en el ejemplo del señor P. D. I., un hermano

carnal, dos uterinos i tres consanguíneos. Tocarán al hermano carnal veinte mil pesos; i a cada uno de los medio-hermanos, diez mil.*

Tanta fuerza nos hacen las razones que acabamos de exponer, que no distaríamos de aplicarlas a la sucesion intestada de los ascendientes, sustituyendo a la regla del *Código Civil* frances, otra proporcion mas natural, i redactando así el artículo 12 de este título:

«Si el difunto no ha dejado posteridad que tenga derecho a sucederle, le sucederán sus ascendientes lejítimos de ambas líneas, i en cada línea el grado mas próximo excluirá a los otros.

«Si en una sola línea sobreviviere ascendencia lejítima, el ascendiente o ascendientes del mas próximo grado de esta línea heredarán todos los bienes.

«Concurriendo ascendientes de ambas líneas i de diferentes grados, la porcion del ascendiente mas próximo será doble de la porcion del ascendiente mas remoto.

«Las porciones de los ascendientes de igual grado serán iguales entre sí.»

En favor de esta disposicion, hai 1.°, que se da el influjo debido a la proximidad del grado: el padre, por ejemplo, que, concurriendo con la madre, lleva la mitad de los bienes, concurriendo con el abuelo materno lleva los dos tercios; 2.°, que se toma en cuenta el número de los concurrentes de cada línea: el padre, por ejemplo, que, concurriendo con un abuelo materno lleva los dos tercios de los bienes, concurriendo con los dos abuelos maternos lleva solamente la mitad, i concurriendo con los cuatro bisabuelos maternos, solo el tercio; 3.°, que a los colaterales mas próximos del difunto resulta un beneficio

* Si el patrimonio fuese de 24,000 pesos, cabrian al hermano carnal 6,857 1/7 i a cada uno de los otros 3,428 4/7; resultado a que puede llegarse por una operacion sencillísima, sin necesidad de reducir ni simplificar quebrados, como supone el señor P. D. I. El hermano carnal tiene dos medias porciones, i cada uno de los cinco medio hermanos una. Divídase, pues, el patrimonio en siete partes iguales, dos para el hermano carnal i una para cada uterino o consanguíneo.

indirecto superior: el difunto, por ejemplo, deja dos hermanos i dos primos hermanos; el beneficio indirecto de aquéllos consiste en que la porcion del padre, que probablemente les está destinada, es mas grande que la porcion del abuelo, fondo comun destinado a ellos i a los primos hermanos. Esta última consideracion es importante en nuestro derecho, que no permite concurran los hermanos con los ascendientes, como en el derecho frances i el romano. I no es de desestimar la correspondencia i analojía que de ese modo guardarian entre sí los artículos 12 i 15.

Por lo demas, que en el artículo 15 del proyecto no se pretendió seguir el 733 del *Código Civil* de Francia, es evidente por la sola comparacion de uno i otro. La nota se escribió años despues que el proyecto, i nada tiene de extraño que se deslizase la memoria refiriendo a una fuente las ideas que se tomaron de otra. Véase en los *Principios del código civil* de Bentham (segunda parte, capítulo 3.°) el artículo 9.°, que es exactamente la cláusula segunda de nuestro artículo 15. A las razones en que la hemos fundado, tenemos ahora la satisfaccion de añadir la autoridad del célebre filósofo ingles.

No vemos la necesidad de que, cuando se tome una disposicion del código frances, se traduzca literalmente el texto como nos lo aconseja el señor P. D. I. Esta es una regla que no podria seguirse sin inconveniente, aun dado caso que se adoptase aquel cuerpo de leyes en todas sus partes; pues hai en él artículos cuya redaccion, segun han notado sus comentadores, adolece de graves defectos. Mas cuando aquella grande obra presentase un modelo acabado, exento de las imperfecciones de que adolecerán siempre mas o ménos todas las obras humanas; cuando viéramos en ella un todo perfectamente claro i armonioso, eso mismo aconsejaria que, adoptando una parte de sus disposiciones, se variasen amenudo los términos para ponerlos en correspondencia i armonía de ideas i de lenguaje con las otras en que no se creyese conveniente seguirle. Nosotros, verbigracia, damos a las palabras *heredero* i *legatario* diferente sentido que los franceses. Tomando, pues, del código frances las disposiciones relativas a la sucesion por causa de

muerte, nos veríamos amenudo obligados a servirnos de diverso lenguaje. Donde la redaccion del proyecto fuere defectuosa, como no podrá ménos de serlo muchas veces, indíquese el defecto enhorabuena, i propóngase la correccion. Pero, fuera de esos casos, su semejanza o desemejanza con un tipo cualquiera no nos parece una circunstancia importante.

CUARTO REMITIDO

Por la parte segunda del artículo 16, los derechos de sucesion en los colaterales no se extienden mas allá del grado sexto. Por nuestra lejislacion actual, llegan hasta el décimo. ¿Cuál será la causa de esta variacion? ¿Será, como se dice en la nota, favorecer al cónyuje sobreviviente i al fisco? Pero debió advertirse que todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros es odioso, i que lo odioso debe restrinjirse. En cuanto al cónyuje sobreviviente, nos parece bien la variacion que el proyecto hace en nuestras leyes, llamándolo a suceder en ciertos casos con los colaterales. Si la lei, al reglar la sucesion intestada, debe tener por base el afecto del difunto, llamando a la sucesion de él a aquellas personas a quienes es presumible hubiese amado mas, pocos podrán pretender un derecho mas fuerte a dicha sucesion que el cónyuje sobreviviente. Pero no hai que llevar la regla a un extremo. Bueno es que el cónyuje concurra con los colaterales del difunto, pero no que los excluya, a no ser que se hallen éstos en un grado tal que sea verosímil haya cesado ya todo afecto de parentesco, o que la prueba de éste sea mui difícil o imposible. Sin duda por estos motivos, las lejislaciones romana, española i francesa no ponen por límite un grado mas próximo que el décimo: no la romana, porque, como advierte Vinnio en sus *Comentarios* a la Instituta, libro 3.°, título 5.°, párrafo 5, número 3, i Heineccio en sus *Antigüedades Romanas* libro 3.°, título 5.° párrafo 6, en ella no hai limitacion de grados para la sucesion intestada; no la española, porque, como últimamente se ha declarado entre

nosotros, el derecho para suceder llega hasta el grado décimo; no finalmente la francesa, porque, por el artículo 755 del *Código Civil*, son llamados los parientes hasta el grado duodécimo. Por otra parte, somos de opinion que, en la formacion de nuestro nuevo código, debe alterarse lo ménos que se pueda la lejislacion actual. Toda variacion, sobre todo en materia de leyes, es un mal, que solo puede excusarse en cuanto produce un bien mayor. Así, si una disposicion de nuestras leyes es buena como cuatro i si ocurre otra buena como cuatro tambien, debe subsistir la primera, porque tiene a su favor la posesion, porque ya la conocemos, porque estamos acostumbrados a ella. Deberá, pues, la nueva medida ser buena como cinco o mas para ser preferida a la antigua.

En cuanto al fisco, solo hallamos una razon que pueda autorizar su llamamiento; i es que, debiendo tener heredero toda persona por los gravísimos inconvenientes que resultarian de dejar sus bienes expuestos al primer ocupante, i no siendo justo obligar a nadie a admitir una herencia contra su voluntad, no ha habido otro que el fisco de quien echar mano para las sucesiones de aquéllos que no tienen heredero. Por otra parte, sabido es que, en las sucesiones que corresponden al fisco, la mitad, o talvez mas, queda en manos de las personas que las recaudan; de modo que una sucesion que para un particular cualquiera sería de ocho o diez mil pesos, para el fisco no será de mas de cuatro o cinco mil. Por esta razon, tan distante estamos de querer favorecer al fisco como el autor del proyecto, que, si no fuera por no variar nuestra lejislacion, opinaríamos que, como quedase un pariente del difunto en cualquier grado que se hallase, fuese antepuesto al fisco. En resúmen, creemos que, en esta materia, debe conservarse lo dispuesto por nuestras leyes.

Por lo que toca a los derechos de los hijos naturales reconocidos, no aprobamos en todo el aumento que se les ha dado en el proyecto. No hallamos razon para que los hijos naturales hayan de excluir enteramente a los colaterales desde el tercer grado inclusive; i que, si el difunto deja junto con el hijo natural un sobrino, por ejemplo, no se dé a éste parte ninguna

en la sucesion de su tio. Nosotros redactaríamos el artículo de este modo: «En la sucesion ab intestato de un varon, los hijos naturales concurren con los ascendientes i colaterales lejítimos del difunto. En concurrencia con los ascendientes, llevarán la cuarta parte de los bienes; en concurrencia con los hermanos, la mitad; i en concurrencia con los demas colaterales, las tres cuartas partes. En defecto de éstos, hasta el grado décimo serán únicos herederos, salvo siempre el derecho que el artículo 24 de este título da al cónyuje sobreviviente.» Hé aquí favorecidos los hijos naturales considerablemente, i al mismo tiempo conservada a los colaterales una porcion de los bienes, aunque pequeña.

En contraste con el ensanche excesivo que se ha dado a los herederos de los hijos naturales reconocidos, se halla la aniquilacion absoluta de los derechos del padre; de modo que, aunque el hijo no deje pariente ninguno, el padre no puede sucederle, porque en tal caso es llamado el fisco. Entre las razones que se tuvieron presentes para favorecer al hijo, ¿no hubo alguna aplicable al padre, no ya para aumentar los derechos que las leyes actuales le conceden, pero ni aun para conservarlos? Si para reglar la sucesion intestada se ha seguido en el proyecto la voluntad presunta del difunto hasta excluir al cónyuje divorciado, aunque el divorcio no se haya declarado por su culpa, ¿por qué no se siguió el mismo principio en este caso? ¿Es presumible, en el ejemplo propuesto, que el hijo hubiese amado mas al fisco, que al padre? Ni se diga que por esta razon el fisco nunca deberá ser llamado por no haber motivo para presumir afecto en ninguna persona hacia él; pues ya ántes hemos manifestado la causa que, segun creemos, autoriza su llamamiento. Fundados en esto, no solamente preferiríamos al padre en el caso indicado, sino que por reciprocidad lo llamaríamos a suceder al hijo en los mismos casos i términos en que éste le sucede. Esta regla de reciprocidad en las sucesiones intestadas, a mas de ser dictada por la razon i equidad, está de acuerdo con lo dispuesto por algunas lejislaciones.

Remitido el comunicado tercero a la imprenta, vimos el número 604 de *El Araucano* en que se discuten nuestras ob-

servaciones sobre el artículo 6 del título 1.º Sin ser nuestro ánimo entrar en una larga polémica sobre este asunto, diremos algo acerca de las respuestas que se den a nuestras reflexiones, ya insistiendo en las razones que hemos tenido para hacerlas o produciendo otras nuevas, ya dándonos por satisfechos, segun las respuestas sean o nó satisfactorias.

Dijimos que el expresado artículo 6 adolecia de dos defectos: primero, oscuridad de la *disposicion*, i segundo, dificultad i talvez imposibilidad de su aplicacion en ciertos casos. En cuanto a lo primero, se nos pregunta ¿en qué consiste esa oscuridad? Aunque no sea tan fácil decir en qué consiste la claridad u oscuridad de una cláusula, como parece al autor de la respuesta, sobre todo cuando la oscuridad proviene, no de falta en la coordinacion de las palabras o frases, sino de ser el pensamiento oscuro en sí mismo, sin embargo, diremos que en este caso nace del número de cálculos que se presentarán rápidamente a nuestra imajinacion i la confunden: cálculo para saber cuántas son las suposiciones posibles, cálculo para averiguar cuánto corresponde a cada uno de los coherederos en cada una de ellas, i por último, cálculo para determinar lo que pertenece a cada uno de ellos definitivamente. No dudamos que esta prueba hará poca o ninguna fuerza al autor del artículo, porque jamas es oscuro para nosotros lo que nosotros mismos concebimos; mas, aunque no es éste el criterio por donde debemos juzgar, daremos aun otra prueba: hágase leer el artículo a seis u ocho personas, i si la mitad de ellas lo entiende i cree fácil su intelijencia, convenimos en que no es oscuro.

En cuanto a lo segundo, se nos dice que nos hemos fijado en casos cuya ocurrencia es sumamente improbable. Es verdad; pero ¿qué se infiere de aquí? O el caso es posible o imposible: si lo primero, debe darse una regla clara i fácil, aunque el hecho suceda cada veinte siglos; si lo segundo, no debe darse regla ninguna, buena ni mala. Se nos dice tambien que en ningun caso se necesitan mas conocimientos matemáticos que el de las operaciones elementales de la aritmética. Aunque esto es falso, pues jamas hemos visto explicar en las clases la teoría de las permutaciones en la aritmética, ni tampoco los

autores la tratan en esta parte de las matemáticas, sin embargo podemos concederlo sin peligro, porque nunca hemos dicho que, para la aplicacion del artículo, se requieran conocimientos en jeometría analítica, sublime, en cálculo integral, diferencial, etc. Se nos dirá que casi toda la teoría de las permutaciones consiste en multiplicar, i que, en sabiendo esta operacion, ya se saben las permutaciones. Tambien en áljebra, los problemas se resuelven por medio de la adicion, sustraccion, multiplicacion o division; i apesar de esto, a nadie se le ha ocurrido que el que sepa estas operaciones ya sabe resolver problemas. Finalmente, se nos advierte que exajeramos mucho cuando decimos que en la aplicacion del artículo pudiera a veces importar mas el trabajo del matemático, que toda la herencia, por cuantiosa que fuese, no tratándose jamas de otra cosa que de sumar, multiplicar i partir. Para juzgar de la fuerza de esta observacion, debe tenerse presente lo dicho por nosotros en nuestro primer remitido. Allí sentamos que, cuando el número de personas era corto, no era difícil la aplicacion del artículo, reservando esta dificultad i talvez imposibilidad para los casos en que el número de personas fuese considerable. Si el autor de la respuesta hubiera tenido esto presente, quizá hubiera evitado el término exajerar. Para que se vea si es exajeracion la nuestra, supongamos que cada una de diez personas instituye por sus herederos a las nueve restantes, i que todos mueren en una batalla sin saberse cuál murió último. Se presenta un hermano de cada uno de los diez reclamando la herencia. En este caso, las suposiciones posibles son siete millones doscientos veintiocho mil ochocientos. ¿Habrá quien se resuelva a practicar las operaciones que pide el artículo, sea cual fuere la cantidad que se le ofrezca? Se nos volverá a decir que el caso es sumamente improbable, i nosotros volveremos a concederlo; pero, miéntras no se nos pruebe que es imposible, siempre será una verdad que puede haber casos en que la aplicacion del artículo importe mas que la herencia, por cuantiosa que sea. Pero se dice que, en los casos de complicacion extraordinaria, podrian apelar los interesados a una transaccion amigable; i ¿quién ha dicho que un lejislador

debe dejar oscuros o indecisos los derechos de nadie, fundado en las transacciones amigables que puedan celebrarse? ¿Es acaso tan frecuente la felicidad de encontrar en nuetros litijios con personas de probidad i buena fe, que, por evitar un pleito, quieran ceder algo de sus pretensiones? Por último, tampoco nos parece concluyente la razon que se da para probar la facilidad de la aplicacion del artículo, porque, aunque solo se tratara de la sencillísima operacion de sumar, si ésta se repite indefinidamente puede importar mucho el efectuarla.

Ántes de concluir, digamos algo sobre la equidad o iniquidad de la regla referida por nosotros i propuesta por el autor del artículo editorial del número 480 de *El Araucano*. Ante todo, debemos advertir que no la hemos indicado como la mejor, sino como la ménos mala; pero, apesar de esto, no tiene los defectos que se le objetan. Se dice que se funda en una mera ficcion, que es una transaccion arbitraria, que no tiene en su favor ningun principio de justicia ni vislumbre de probabilidad. Esto es mucho decir: a fe que no opinaba así el autor del artículo editorial citado, en cuyo sentir esa regla era dictada por la misma equidad natural. Nosotros la creemos fundada en una de aquellas reglas de derecho que ménos excepciones tienen, i es que, cuando se entabla una accion, la prueba incumbe al que reclama. Pongamos un ejemplo para mayor claridad. Mueren en un naufrajio un padre i su hijo; i reclaman la sucesion un hermano del primero i la madre del segundo. Para que el hermano reclamara la sucesion del hijo, deberia probar que éste habia muerto ántes que el padre; esto no lo puede hacer, luego no tiene derecho a la sucesion. Para que la madre reclamara la sucesion del padre, era preciso que probara que éste habia muerto ántes que el hijo; no puede probarlo, luego no tiene derecho a esa herencia. Por otra parte, el padre i el hijo han de tener heredero; la madre no puede serlo del padre por lo que se ha expuesto; no hai pariente de mejor derecho que el hermano, luego a él corresponde esa sucesion. El hermano no puede heredar al hijo por las razones dadas anteriormente; no hai otro de mejor derecho que la madre, luego ésta debe ser su heredera. En vista de esto,

¿dónde está lo arbitrario, injusto e improbable? Por lo que toca a la ficcion, tanto nuestra regla, como cualquiera otra que se dé, no solo puede, sino que debe fundarse en ficcion. No habiendo certidumbre del órden en que se han verificado los hechos, precisamente debe finjir algo la lei para adjudicar los patrimonios. Tanta verdad es ésta, que las lejislaciones romana, española i francesa tienen por base una ficcion en el presente caso. Pero mas, la regla misma del artículo 6 es una prueba de esta verdad: ella se funda en tantas ficciones, cuantas son las suposiciones posibles; i pudiendo llegar éstas hasta millones, como vimos en el párrafo anterior, otras tantas son las ficciones en que se apoya. Ahora bien, ¿cómo se objeta a nuestra regla este defecto, cuando, dado caso que lo sea, la del artículo 6 lo posee en grado heroico i eminente? Establecida la necesidad de una ficcion, veamos cuál deba ser ésta. En el ejemplo propuesto, o debe finjirse que el padre murió ántes que el hijo, o al mismo tiempo o despues. ¿Cuál de estas tres ficciones es mas conforme con la razon i equidad? No lo es la primera, porque en virtud de ella se daria a la madre en perjuicio del hermano un patrimonio que no puede adquirir sin probar un hecho, i esta prueba le es imposible; no lo es la tercera por la misma razon; resta, pues, la segunda como la única en que puede hacerse la adjudicacion de patrimonios sin necesidad de prueba ninguna por parte de los reclamantes. Estas mismas reflexiones pueden hacerse en cualquiera otro caso. No parece, pues, la regla tan arbitraria i destituida de justicia, como se supone.

U. P. D. I.

RESPUESTA DE DON ANDRES BELLO AL CUARTO REMITIDO

I

Por la parte 2.ª del artículo 16 del título 2.°, los derechos de sucesion ab intestato en los colaterales no se extienden mas allá del grado sexto, disposicion que indudablemente favorece al cónyuje sobreviviente i en su defecto al fisco, i que el autor

del remitido no aprueba, porque «todo lo que hace consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso.» El principio no nos parece oportunamente aplicado. Lo que se perderia en virtud de la disposicion, sería la esperanza de suceder a un colateral de grado ulterior al sexto, que hubiese fallecido sin testamento, esperanza que puede valuarse por el número de casos en que hemos visto suceder ab intestato colaterales tan distantes. Ahora bien, ¿cuántas veces en un siglo ocurren sucesiones de esta especie? En el discurso de nuestra vida, no hemos oido hablar de una sola. Adquisiciones semejantes son dávidas inesperadas de la fortuna, ganancias que no pueden entrar en los cálculos de ninguna persona de sano juicio. Es visto, pues, que nadie sufriria el menor desfalco en su patrimonio, ni en sus esperanzas racionales, por la reforma de que se trata; que ella en realidad no quita nada a nadie, o si algo quita, es una cantidad evanescente, inapreciable, insensible; i que la odiosidad que se le imputa es quimérica. El autor del remitido puede estar seguro de que, en el límite de la sucesion intestada de los colaterales, la transicion del décimo grado al sexto no costará un solo suspiro de esperanza frustrada.

Miremos ahora la cuestion bajo otro aspecto. Los esposos viven en una comunidad de bienes i de intereses. La fortuna del uno sirve a los goces, a las necesidades del otro; i a todo desfalco, por pequeño que sea, en la hacienda de los dos, corresponde necesariamente un desfalco de felicidad i de bienestar en cada uno. La lei que manda dar una parte del caudal del cónyuje difunto a otra persona, disminuye por fuerza la felicidad i el bienestar del cónyuje sobreviviente. Ello puede ser en muchos casos necesario i justo; pero siempre es un mal sensible, i frecuentemente es un mal gravísimo. La lei no debe tolerarlo, sino a favor de aquellos vínculos estrechos de la sangre que dan fundamento a expectativas mas o ménos probables. ¿Por qué, pues, empeorar la condicion del esposo para mejorar la de colaterales remotos? Eso sí que sería quitar a uno para dar a otro; quitar a uno cuya conexion con el difunto ha sido la mas íntima i sagrada, para dar a otro que

solo es presumible tuviese con él aquellas tibias relaciones a que da ocasion un parentesco distante, para dar a otro que probablemente solo debe este don a la circunstancia fortuita de no haber podido testar el difunto o de haberlo sorprendido la muerte.

Se dirá que no se trata de dar al viudo o viuda todo el patrimonio del difunto, sino solo una parte. Pero, por pequeña que sea la porcion que se deduzca de la suma de los dos patrimonios (i muchas veces sucederá que el cónyuje sobreviviente no tenga ninguno), esa deduccion producirá siempre un desfalco en el fondo que servia a los goces, a las necesidades de uno i otro consorte. Agrégase a esto que, cuanto mas distantes los colaterales llamados, mayor será jeneralmente su número, i menor la porcion viril de cada partícipe. Obsérvese, en fin, que la lei no suele dividir la herencia, sino entre personas hacia quienes presume que el afecto del difunto era poco mas o ménos igual. Cuando hai fundamento para presumir una considerable desigualdad bajo este respecto, lo da todo a unos i excluye enteramente a los otros.

Se dirá que al viudo o viuda no se le quita nada de lo suyo. Se le quita aquello de que estaba acostumbrado a gozar como suyo. Para el caso, es lo mismo.

Se dirá que, muerto uno de los consortes, se disminuyen los gastos de la familia, i el esposo que sobrevive no necesita de tanta hacienda para conservar su posicion anterior. Pero muchas veces sucede al contrario. La muerte de un esposo produce una disminucion considerable en las entradas; i cuando esta fuese una ocurrencia rara (que no lo es), no habria razon para tolerar su mera posibilidad en favor de colaterales distantes.

Creemos, pues, estar autorizados para deducir de las observaciones precedentes que la regla actual que excluye al cónyuje sobreviviente de la herencia con el objeto de favorecer a los colaterales, es odiosa, i debe restrinjirse cuanto lo permitan las *justas* consideraciones que haya de prestar la lei a los vínculos de la sangre. En cuanto a nosotros, la disposicion del proyecto nos parece sobradamente liberal respecto de los pa-

rientes, i creeríamos mejor consultada la equidad natural limitando su expectativa, en concurrencia del viudo o viuda, al *cuarto* grado.

A la lejislacion romana, española i francesa, que se nos citan en el remitido, puede oponerse la de Inglaterra i la de los Estados Unidos. Segun los *Estatutos Reformados* de Nueva York, que empezaron a rejir el 1.° de enero de 1830, i que no han hecho mas que reproducir en lo esencial las leyes inglesas, habiendo descendientes va el tercio de la propiedad personal del intestado a su viuda; concurriendo padre o madre, la mitad; no concurriendo padre ni madre, hermanos ni sobrinos, el todo. Es verdad que la propiedad real o raíz está sujeta en Inglaterra a reglas peculiares derivadas del sistema feudal; pero, en la mayoría de los Estados Unidos, la trasmision de ambas especies de propiedad es a las mismas personas i en las mismas proporciones. Esta uniformidad se observa en los estados de Maine, Nueva Hampshire, Vermont, Massachusets, Rhode-Island, Conecticut, Pensilvania, Virjinia, Ohío, Indiana, Illinois, Jeorjia, Kentucki, Missouri, Misisipi, Sur Carolina i Alabama.

Ni es difícil columbrar bajo qué impresiones se formaron las leyes romanas, copiadas en esta parte por otros pueblos sin la debida consideracion a la variedad de circunstancias. En el antiguo derecho romano, el matrimonio que hacia de la mujer una verdadera *madre de familia*, surtia iguales efectos que la adopcion; la colocaba en el número de los herederos suyos, dándole el derecho de suceder ab intestato con los hijos, i de excluir a todos los colaterales. La corrupcion de las costumbres hizo en los últimos dias de la república frecuentísimo el matrimonio ménos solemne, que facilitaba el divorcio; i la disolucion de este vínculo, ántes rara, llegó a ser una cosa de comun ocurrencia. Pero la moral i la relijion misma se interesaban en que se frecuentasen los antiguos ritos nupciales; i de aquí el disfavor con que miraron las leyes aquella union cada vez mas laxa i precaria. Una esposa no era, bajo el yugo de los emperadores romanos, lo que en los buenos tiempos de la república, o lo que en los nuestros bajo el influjo de las

ideas cristianas. «La libertad del divorcio, dice el historiador *De la decadencia i ruina del Imperio Romano*, dió lugar a perniciosos abusos. Pasiones, intereses, caprichos, sujerian motivos diarios para la disolucion del matrimonio. Una palabra, una señal, un mensaje, una carta, el mandato de un liberto declaraban la separacion. La mas tierna de las conexiones humanas fué degradada hasta convertirse en una sociedad transitoria de placer o de lucro. Segun las varias condiciones de la vida, ambos sexos sentian alternativamente el deshonor o el daño; una esposa inconstante trasladaba sus riquezas a una nueva familia, abandonando una prole numerosa, fruto talvez del adulterio, a la autoridad i cuidados del marido anterior; i a la bella i pura esposa le tocaba la suerte de ser un dia repudiada, i de volver al mundo sin las gracias de la juventud, sin bienes i sin amparo. Natural era que esa licencia del divorcio destruyese la confianza mutua i enconase las mas triviales ofensas; que la leve diferencia entre un marido i un extraño, diferencia que podia tan fácilmente removerse, pudiese aun mas fácilmente olvidarse; i que la matrona, a quien no era repugnante someterse en pocos años a los abrazos de muchos maridos, dejase de respetar la castidad de su propia persona.» «Ya no cuentan sus años, decia Séneca, por el número de los cónsules, sino de sus maridos.» Léase la historia de Justiniano, i se verá lo que era el matrimonio en aquel siglo, cuando luchaba todavía el espíritu del cristianismo con las ideas i las costumbres del imperio, que no podian ménos de reflejarse en las leyes.

El autor del remitido cree con razon que, cuando la lei actual es buena, por ejemplo, como cuatro, es preciso para alterarla que la innovacion produzca un bien como cinco. Queda demostrado que, en el caso del cónyuje sobreviviente, la lei cuya reforma se ha propuesto, no es buena ni aun como *cero*, porque es positivamente mala. Con que, por pequeña que supongamos la bondad de la innovacion, hai suficiente motivo para adoptarla.

Pasemos al fisco.

La principal razon que hai para deferirle ciertas herencias,

no es, segun creemos, por los inconvenientes que resultarian si hubiese de abandonarse un patrimonio al primer ocupante, sino para proporcionar a las arcas nacionales un ingreso, que no invade la propiedad de persona viviente, ni frustra la mas leve esperanza. Este es un recurso fiscal, que ni aun puede rigorosamente llamarse *impuesto;* porque, ¿a quien se impone? ¿a quién grava? ¿Podria designarse alguna persona que alimentase la expectativa de suceder a un pariente del séptimo grado, contando con el caso fortuito de que falleciese sin testamento? Pero llamémoslo enhorabuena *impuesto;* i veamos si le falta alguna de las cualidades que los economistas desearian para autorizar los impuestos, i que, por la naturaleza de las cosas, no pueden obtenerse, sino de un modo aproximativo, i ni aun así muchas veces. Deben estar, dice Adam Smith, en proporcion con las facultades de los contribuyentes; deben ser determinados; deben cobrarse, cuando su pago sea ménos incómodo al contribuyente; i debe hacerse su cobro de manera que la cantidad impuesta éntre en arcas con el menor desfalco posible. En el caso presente, aun dando el nombre de contribuyentes a los que solo pierdan esperanzas, ya hemos visto que en rigor no las hai. El impuesto, en cuanto a su determinacion, no da lugar a duda. Con que la única objecion que puede oponérsele es lo costoso del cobro, tomando en cuenta la neglijencia o rapacidad de los ajentes fiscales. A nosotros, aun en el estado presente de la organizacion de los ramos administrativos, cuya progresiva mejora es palpable, nos parece mui exajerado el cómputo que hace nuestro corresponsal, valuando la pérdida en la mitad de los bienes. Un inventario solemne, i la subasta de los efectos hereditarios en masa, dejarian reducida la merma a una fraccion talvez inferior a los gastos de recaudacion i al extravío i desperdicio que se experimentan en otros ramos fiscales.

Contra la adjudicacion de la herencia al fisco, se alega tambien que no puede presumirse afecto en ninguna persona hacia él. Meditemos un poco sobre la naturaleza de las presunciones legales relativas a la sucesion intestada. La lei no presume jamas afecciones o predilecciones que sean contrarias a la

razon. Si es cierto ese odio al fisco, a la hacienda de la patria, al fondo comun que destina la sociedad para proveer a la custodia i defensa de los derechos mas preciosos i de su misma existencia, ¿deberá la lei respetar este sentimiento extraviado i nivelarse por él? ¿No deberá mas bien correjirlo? Pues no hace otra cosa la disposicion que adjudica al fondo comun de la sociedad unos bienes a que nadie puede alegar una expectativa plausible, sino talvez los amigos i bienhechores, a quienes el difunto los habria probablemente legado testando, pero que por desgracia son de aquellas personas que no están a el alcance de las previsiones legales.

Así es que apénas hai lejislacion en que no se llame o se haya llamado al fisco, ya a concurrir con los colaterales o extraños que suceden por testamento o ab intestato, ya a tomar toda la herencia en ciertos casos. Si las leyes romanas (como han creído Vinnio i otros, a pesar de un texto que en su sentido natural parece dar a entender lo contrario), no llamaban al viudo o viuda ni al fisco imperial, sino en el caso desesperado de no presentarse pariente ninguno, de cualquier grado que fuese; en recompensa de esta liberalidad con los colaterales remotos, que tendria dos o tres ocasiones de ejercitarse en cada siglo, hacian entrar diariamente en el erario la *vicesima hereditatum*, que, si no se engaña Gibbon, debia de acarrear a él todas las propiedades de los particulares en el curso de dos o tres jeneraciones. ¡Buen modelo para fijar los derechos del fisco en las sucesiones por causa de muerte!

En cuanto a España, basta citar la cédula de 24 de diciembre de 1799, de que nos da un extracto la nota 5.ª a la lei 11, título 20, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*.

Ello es que en materia de sucesiones difícilmente podrá imajinarse un cobro fiscal ménos gravoso que el indicado en el proyecto. La única duda que puede ocurrir es acerca del grado en que los colaterales deben ceder su lugar a la nacion; pero nunca creímos que se juzgase conveniente ni equitativo colocarlo mas allá del sexto. Bentham, en sus *Principios de Código Civil*, es de dictámen, que, no habiendo cónyuje sobreviviente (a quien siempre asigna una parte considerable en la

herencia intestada), ni descendientes, ni padre o madre, ni hermanos ni descendientes de hermanos deben aplicarse los bienes al fisco, con la sola carga de distribuir los intereses en forma de pension vitalicia entre todos los ascendientes de grado superior al primero. «Yo no puedo, dice, percibir ninguna objecion sólida contra este recurso fiscal. Se dirá que los colaterales excluidos pueden hallarse en la indijencia; pero ese es un incidente demasiado casual para que sirva de fundamento a una lei. El recurso natural de los colaterales es el patrimonio de sus autores respectivos; ellos no han podido colocar sus esperanzas, sino sobre esta base. Aun la de heredar a un sobrino es débil; i bastará una lei positiva para extinguirla sin violencia o para impedir que nazca. El tio no tiene los títulos del padre o del abuelo. Es verdad que, fallecidos éstos, puede haber tomado su lugar, i servido de padre al sobrino. Esta circunstancia merece sin duda la atencion del lejislador; i aunque la facultad de testar podria proveer a ello, ese medio de obviar los inconvenientes de la lei sería nulo, cuando el sobrino falleciese en edad pupilar. Si se quisiese, pues, suavizar la lei, la primera ampliacion deberia ser a favor del tio, sea por medio del capital hereditario, o solamente de los intereses.» Tal es la opinion de Bentham, i entre ella i la adoptada por la comision, queda todavía un intervalo inmenso.

Últimamente, si se cree que el fisco no tiene necesidad de ese ingreso, destínese a un objeto de beneficencia. ¿Se deberá presumir que el difunto habria querido mas bien favorecer a un colateral distante, que dotar un hospital o una escuela? ¿I deberán las leyes dar acojida a semejante presuncion?

II

Se desaprueba la cláusula segunda del artículo 19, título 2.° del proyecto en que se dispone que en la sucesion de un varon los hijos naturales reconocidos sean preferidos a todos los colaterales, excepto los hermanos.

Premitiremos para la discusion de este punto dos cosas a

que nuestro corresponsal no nos parece haber prestado bastante atencion.

La primera es que, en la sucesion de los hermanos, se comprenden sus descendientes lejítimos, que tienen derecho para representarlos. Si el padre natural deja sobrinos, suceden éstos representando a su padre difunto, i el hijo natural lleva solo la mitad de los bienes.

La segunda es que, si bajo cierto aspecto, parece mejorarse en el proyecto la condicion de los hijos naturales, bajo otro aspecto se han disminuido considerablemente sus derechos i casi se han abolido del todo. Los hijos naturales no reconocidos se miran simplemente como ilejítimos respecto del padre; i no les queda mas derecho, que el de alimentos sobre los bienes paternos.

Ahora bien, las razones en que se apoya la disposicion impugnada no pueden ser mas evidentes. El padre que reconoce a un hijo natural por acto auténtico, en cierto modo le adopta. El sabe de antemano los derechos que se derivan de este reconocimiento. Reconociéndole, se los confiere por un acto tan positivo de su voluntad, como si hiciese un testamento, asignándole la cuarta parte de los bienes, en concurrencia de ascendientes, o la mitad en concurrencia de hermanos. Si no obstante esta especie de adopcion, quiere darle mas o ménos de las cuotas legales, queda a su arbitrio el hacerlo testando. Si, por otra parte, no está dispuesto a reconocerle por un acto auténtico, i le quiere dejar cualquiera porcion de sus bienes o todos ellos (sin perjuicio de los asignatarios forzosos), puede tambien hacerlo testando. Todo depende realmente de su voluntad.

Sabido es cuánto se puede abusar, i de hecho se ha abusado, de las leyes que actualmente rijen, forjando filiaciones naturales para cobrar las dos onzas del derecho romano i de la lei de *Partida*. El artículo 19, limitando la sucesion, en los bienes del padre intestado, a los hijos naturales formalmente reconocidos, remueve este inconveniente.

Ni es cosa nueva en el derecho que se permita al padre otorgar a sus hijos naturales por un acto formal de reconocimiento

el derecho de sucederle ab intestato. Por una constitucion del emperador Anastasio, que es la 6 C. *De natur. lib.*, podia el padre *arrogar* a sus hijos naturales; que, lejitimados de este modo, heredaban al padre *ex testamento* i *ab intestato*, excluyendo aun a los ascendientes. La disposicion del proyecto les concede muchísimo ménos.

Justiniano revocó en esta parte la constitucion de Anastasio; pero vino a establecer sustancialmente lo mismo, disponiendo (Coll. VIII, capítulo 2), que si un hombre, en acto auténtico, daba el nombre de hijos sin añadir *naturales*, a los habidos en mujer libre, sin necesidad de otra prueba se les reputase lejítimos, i gozasen de todos los derechos de tales. Verdad es que en este caso se mandaba presumir matrimonio; pero por una presuncion *juris et de jure*, que excluia toda prueba contaria, por lo que se miró la constitucion de Justiniano como inductiva de un nuevo modo de lejitimacion. La cláusula censurada en el remitido no se extiende a tanto, ni con mucho: no lejitima al hijo natural; no le iguala a los lejítimos en la sucesion intestada del padre, ni le autoriza para concurrir con ellos; no disminuye la porcion lejitimaria de los ascendientes; i deja participar en la herencia a los hermanos personalmente i representados por su posteridad lejítima.

Pero, ¿para qué recurrir a códigos extraños? La lei 7, título 22, libro 4.° del *Fuero Real* dispone que, si alguno quisiese adoptar a un hijo habido en mujer que no sea de bendicion, puede hacerlo ante el rei i hombres buenos; i que si el adoptante muriese sin testamento, i sin descendencia lejítima, herede todos los bienes el hijo natural adoptado. ¿No es esto favorecer a los hijos naturales reconocidos mucho mas que el proyecto?

La lei 10 de *Toro* va mas allá. Ella permite al padre que no tiene descendientes lejítimos otorgar un testamento en que disponga de todo su patrimonio a favor de sus hijos naturales, aunque tenga ascendientes; i en virtud del proyecto se permitiria al padre otorgar un acto auténtico, en virtud del cual sucediesen ab intestato los hijos naturales, no como por la lei de *Toro*, sino dando un lugar a los ascendientes i a los hermanos.

¿Qué es mas?

La verdad es que en el proyecto se han coartado *bajo todos aspectos* los derechos de los hijos naturales en la sucesion paterna; porque, sea que el padre los reconozca o nó, sea que haga o nó testamento, no puede nunca favorecerlos en perjuicio de la lejítima de los ascendientes, como puede por las leyes que hoi rijen. Dejando las autoridades falibles de los códigos, atengámonos a la sana razon. En el sistema del proyecto, el padre que reconoce a un hijo natural por acto auténtico, sabe que le da derecho para que, si fallece sin testamento, le suceda, concurriendo con sus ascendientes i hermanos. El acto de reconocimiento es poco ménos que una expresa declaracion de su voluntad a este respecto. La cuestion se reduce, pues, a esta: ¿hai algo de malo en que el padre dé a conocer su voluntad de este modo, quedando en plena libertad para revocarla o modificarla testando? ¿Ha de dejar alguna parte de sus bienes a sus colaterales, aunque no quiera?

El autor del remitido desaprueba tambien que el padre natural haya sido absolutamente excluido de la sucesion intestada. Esta cuestion pudiera dar cabida a mas diverjencia de opiniones, que las otras a que se refiere el remitido. Se pueden alegar razones fuertes por una i otra parte. Contra la disposicion del proyecto, hai:

1.° La presuncion de la voluntad del hijo;

2.° El principio de reciprocidad.

Preferimos con todo el juicio de la comision por las consideraciones siguientes:

La paternidad ilejítima supone una seduccion, un acto pernicioso a la sociedad, i especialmente reprobado por la moral cristiana, en una palabra, supone un delito. En este delito, el padre ha sido el instigador, el autor; la madre, una víctima, de cuya miseria participa mas o ménos el hijo. La mujer tiene que expiar su flaqueza con el deshonor, con una verdadera i dolorosa degradacion; miéntras que el principal delincuente ni se cree con ménos derecho a la consideracion de sus iguales, ni de hecho es ménos respetado i estimado que ántes. No podrá negarse que estas son las costumbres dominantes en los

países mas morales i cultos; i aun puede decirse que la moralidad de que se glorían bajo este punto de vista algunas naciones, se distingue tanto por su inflexible rigor hacia el sexo débil, como por su induljencia con el fuerte.

Si la lei, pues, no quiere hacerse cómplice de esta injusticia de la opinion, debe establecer una completa diferencia entre el padre i la madre; diferencia apoyada, ademas, en la superior certidumbre de la maternidad. Castigada la segunda por las ideas de honor que hoi reinan, severas con ella, i benignas con el autor de su deshonra, sería duro agravar todavía este castigo, privándola del derecho de suceder ab intestato a su hijo. En cuanto al padre, no vemos fundamento para que se le exceptúe de aquellas reglas de derecho: *Nemo de improbitate sua consequitur actionem. Nemo ex suo delicto conditionem suam meliorem facere potest.* Sea capaz enhorabuena de suceder a su hijo natural; pero débalo a la voluntad expresa del hijo, no a la lei. La reciprocidad de los dos en la sucesion intestada igualaria a la inocencia con el delito.

Tales son las razones que la comision ha tenido presentes; i confesamos que nos parecen preponderar mucho sobre las alegadas por los partidarios de la opinion contraria.

Conviene notar que, segun el proyecto, no teniendo el hijo natural no reconocido derecho alguno para suceder ab intestato al padre, el padre no podria tener, en virtud del principio de reciprocidad, derecho alguno para sucederle a su vez. El hijo natural reconocido funda su derecho en un acto auténtico de la persona a quien se presenta a suceder; i el padre que, sobreviviéndole, se presentase a la sucesion del hijo, habria de derivar su derecho, no de un acto del hijo, sino de un acto propio. El reconocimiento del padre es un llamamiento tácito a su herencia intestada: ¿lo haremos tambien un acto en que el padre se arrogue de su propia autoridad el derecho de suceder al hijo? ¿No se estableceria de este modo una voluntad captatoria: *Te doi el derecho de suceder en mis bienes, para adquirir el derecho de suceder en los tuyos?* Pero aun hai mas: la voluntad captatoria supone el concurso de dos volun-

tades; i en la reciprocidad que el autor del remitido propone, todo dependeria de una sola.

Pésense los graves inconvenientes que podrian resultar de esa regla. Un padre podria, cuando quisiese, constituirse el derecho de suceder a un hijo natural que poseyese un patrimonio cuantioso, i estuviese próximo a fallecer en edad pupilar, o hubiese perdido el juicio, o fuese por otro motivo incapaz de testar. Podria constituirse, ademas, el derecho eventual de sucederle, para todos los casos en que por alguna continjencia dejase de hacer testamento. Le bastaria reconocerle, quedando siempre en libertad para disponer de todos sus bienes a favor de extraños.

Estamos por el dictámen de la comision. Si en algo disentimos de ella, es relativamente a la madre. El sistema de las leyes romanas i el de la lei de *Toro*, adoptado por la comision, nos parecen expuestos a inconvenientes mui graves en la práctica. Acaso mas adelante se nos ofrecerá ocasion de tocar este punto.

QUINTO REMITIDO

Continuando el exámen o análisis que empezamos en el remitido anterior de las respuestas que se dan a nuestras observaciones sobre el *Proyecto de Código Civil*, veamos si es satisfactoria la que se da en apoyo del artículo 18 del título 1.°, que es uno de los que censuramos. Dijimos que no debia bastar para la exclusion de un indigno la voluntad sola de los interesados en ella, como dispone el artículo citado, si no concurria tambien la del difunto, como establecen nuestras leyes. Para manifestar mejor los fundamentos de nuestra opinion, tomemos la materia desde mas atras. O el indigno pertenece al número de los herederos forzosos o al de los voluntarios.* En cuanto a los primeros, las causas de indigni-

* Entendemos por herederos forzosos aquellos a quienes el testador debe dejar precisamente una parte de sus bienes, i por voluntarios los demas. Por razones, que no es del caso enumerar, no admitimos

dad, en nuestro concepto, no deben ser otra cosa, como en efecto no lo son por las leyes vijentes, que unos casos en que se exime al ofendido de la obligacion que le impone la lei de dejarles cierta porcion de sus bienes, exencion concedida, ya para que pueda usarse de ella como castigo, ya por lo duro que sería el cumplimiento de la obligacion en ciertos casos, como el de un hijo ingrato que talvez ha atentado a la vida de su padre por heredarle cuánto ántes. Justo es entónces autorizar al padre para excluir de su herencia al hijo que ha querido adquirirla a costa de un crímen.

De que este sea el espíritu de la lei, no queda duda si se atiende a la naturaleza de las causas de desheredacion por nuestro derecho i a la de las de indignidad por el proyecto. Si esto es conforme a razon, como lo creemos, se deduce por consecuencia que, no usando el ofendido de esa facultad que se le concede, subsiste su obligacion, sin que ningun otro pueda quitársela, sino él. Se aumenta la fuerza de estas razones en el caso de los herederos voluntarios, porque entónces el llamamiento debe considerarse, no como el cumplimiento de una obligacion impuesta por la lei, sino como mero efecto de la voluntad del testador, el cual pudo derogar la institucion, aun sin necesidad de causa ninguna por parte del indigno.

Examinemos ahora las razones que se dan en contra de nuestra opinion. Se dice, en primer lugar, que, suponiendo establecido que la indignidad posterior al testamento se purgue por la circunstancia de no haber sido revocado, todavía no puede admitirse como inequívoca la presuncion que resulta de la simple omision de un hecho, omision que puede tener muchas causas, porque ¡cuántas veces sucede que muere sin testamento el que pudo i se propuso testar! Concedemos que sea equívoca la presuncion que resulta del silencio del ofendido, porque este silencio puede tener muchas causas; pero no podrá negársenos que no hai dificultad en que una de esas causas sea el no querer derogar el llamamiento, i que ésta parece la mas

la division de los herederos en necesarios, suyos i necesarios, i voluntarios, que hacen las leyes romanas i las nuestras (*Prœmium, de heredum qualitate* i lei 21, título 3.º, *Partida* 6.ª).



probable, porque, si yo puedo ejecutar un acto i no lo hago, doi una prueba casi cierta de que no es mi voluntad practicarlo; de modo que, si no hai presuncion inequívoca a favor del testamento, a lo ménos la hai mui fuerte. A esto, se agrega que, aun partiendo del principio de que no hubiera presuncion ninguna en favor ni en contra del testamento, éste debe siempre subsistir, porque, para conservar a uno su derecho no se necesita presuncion, i porque, en igualdad de circunstancias, es mejor la condicion del que posee. Pero mas, supongamos que, no solo no hai presuncion de ninguna clase a favor del testamento, sino certidumbre contra él; por ejemplo, Pedro, sin tener mas parientes que su hermano Juan, nombra por heredero al extraño Diego; i despues dice en presencia de dos testigos fidedignos que no está contento con aquella disposicion i que no quiere que sea Diego su heredero. Preguntamos: ¿valdrá el testamento o se concederá a Juan la facultad de impugnarlo para heredar ab intestato? No sabemos qué dispondrá el proyecto sobre esto, pero, por nuestras leyes i las romanas, vale indudablemente, porque un testamento por regla jeneral, no puede romperse sino por otro posterior i perfecto. I si en este caso vale el testamento a pesar de haber certidumbre de la mutacion de voluntad del testador, ¿con cuánta mas razon deberá valer en un caso en que a lo sumo puede decirse que se presume tal mutacion? Fundamos este argumento en nuestras leyes, porque creemos acertada su disposicion en esta parte, i que como tal será adoptada en el proyecto. Por último, el temor de que el silencio del ofendido no provenga de querer condonar la indignidad, sino de otra causa, existe en el mismo grado, siguiendo el principio del proyecto; porque, si para la firmeza de la institucion, es necesaria una confirmacion expresa ¡cuántas veces sucederá que muera sin confirmarla el que pudo i se propuso hacerlo!

Otra razon es que la materia de parte del indigno, segun presumimos, es *de lucro captando*, i por esta causa no debe darse gran peso a presunciones falibles, que muchas circunstancias pueden hacer debilísimas. I bien, ¿acaso es *de damno vitando* respecto de los interesados en su exclusion? Tan *de*

lucro captando es para el uno, como para los otros; i si por esta parte quedan iguales, por otra hai una diferencia notable: privando de la herencia al indigno que no ha sido desheredado, le imponemos la pena de esperanza frustrada; i privando de ella a los interesados en su exclusion, éstos experimentan cuando mas la de deseo no satisfecho; i debiendo proponerse todo lejislador aumentar los goces i disminuir los padecimientos, claro es que, de las dos penas anteriores, debe estarse por la última. Se dice tambien que, otorgándose a veces codicilos para confirmar una disposicion anterior, nada cuesta al ofendido hacer otro tanto en este caso. Mui bien, con que cuando se trata de hacer una disposicion confirmando otra anterior hai facilidad, i cuando se trata de hacer una disposicion derogando otra anterior hai dificultad i peligro de que muera sin testamento el que pudo i se propuso testar. No pasamos por esta lójica: o realmente hai facilidad en el primer caso i entónces tambien la hai en el segundo, i en tal caso va por tierra lo que se dice al fin de la primera razon; o si hai dificultad en el primer caso, tambien la hai en el segundo, i entónces nada vale la razon que combatimos actualmente.

Finalmente, se alega que, si el ofendido omite la confirmacion, conociendo las consecuencias necesarias de su silencio, da motivo para presumir que callando quiso derogar la institucion. ¿Qué necesidad tiene de revocar lo que la lei ha cancelado? A esto, respondemos retorciendo el argumento: suponiendo establecido que la indignidad no produzca efecto sin la voluntad del difunto, si éste omite la exclusion, conociendo las consecuencias necesarias de su silencio, da motivo para presumir que callando no quiso revocar la institucion. ¿Qué necesidad tiene de confirmar lo que ni él ni la lei han cancelado? Ademas, encontramos en el argumento algo de peticion de principio, porque se resuelve la cuestion consigo misma. ¿Cómo suponer que la consecuencia necesaria del silencio del ofendido es derogar la institucion, cuando justamente eso es lo que se disputa? El verdadero modo de raciocinar en este caso es suponer que no hai disposicion de la lei sobre la ma-

teria, i que se trata de adoptar una de dos que se presentan. O se admite que el silencio del ofendido basta para derogar el llamamiento, o que la causa de indignidad no produce efecto si el ofendido no usa de ella del modo legal. Expuestas están las razones que hai a favor de cada uno de estos principios. Sin embargo, no omitiremos decir que, dado caso que haya tanta probabilidad a favor de uno como de otro, debe subsistir el segundo por ser el establecido en nuestras leyes i no haber motivo razonable para variarlo.

En casi todo este remitido, hemos hecho uso de la palabra llamamiento i no institucion, porque puede no haber ésta, sino solamente aquél, como se verifica en la sucesion intestada. Parece no haberse fijado en este caso el autor de la respuesta, porque solo nos habla de indignidad anterior al testamento e indignidad posterior, cuando puede suceder mui bien que la indignidad no sea ni anterior ni posterior al testamento por falta de éste. No sabemos qué razones puedan darse para la aplicacion del artículo en este caso, porque las dos, sean buenas o malas, no son aplicables a él.

Sentimos sobre manera vernos en la precision de extendernos tanto en nuestros remitidos; pero lo mas que podemos hacer en obsequio de la brevedad, como en efecto lo hacemos algunas veces, es suprimir parte de las reflexiones que se nos ocurren. Sírvanos de disculpa lo interesante de la materia, como tambien el que no faltan escritores que ocupan la atencion del público con materias, si no perjudiciales o importunas, a lo ménos frívolas e insignificantes.

U. P. D. I.

SEXTO REMITIDO

La respuesta que se da a nuestras observaciones sobre el artículo 23 del título 1.°, es en parte satisfactoria. Leído nuevamente el artículo 730 del *Código Civil* frances, encontramos ser su intelijencia la que se nos dice. Pasemos a ver si en el proyecto se ha establecido con la debida claridad la obligacion de instituir a aquéllos que sin la interposicion del indigno habrian

sido herederos forzosos, o lejitimarios como nuevamente se les denomina. Ántes advertiremos que, tanto en el actual remitido, como en el a que nos referimos, hablamos del caso en que por indignidad de una persona pase a ser heredero forzoso, el que ántes no lo era, no del caso en que pase al hijo la herencia de un extraño por haber sido sustituido al padre; ni del en que, por la remocion de éste, quede aquél mas próximo pariente del difunto en la línea trasversal. Consecuentes a la opinion que hemos emitido acerca del artículo 17 del mismo título, juzgamos innecesario fijarnos en los dos últimos casos, porque en ninguno de ellos debe el indigno perder la herencia si no se le deshereda, i principalmente porque, verificándose esta última circunstancia, no debe imponerse al testador la obligacion de instituir a los hijos o descendientes del indigno desheredado: propiedad peculiar del primer caso. Hecha esta advertencia, pasemos adelante.

Cuando dijimos que el conocimiento de que la indignidad del padre no perjudicaba a los hijos era una consecuencia, no de carecer el padre del usufructo de la herencia que por su indignidad ha pasado al hijo, sino de la lectura del artículo 23 i su nota, tuvimos presente el artículo 9 del título 2.°, en que se declara poderse representar al incapaz, indigno, etcétera; pero creímos que esto no salvaba la dificultad, por la diferencia que encontramos entre la mera posibilidad de la representacion en la sucesion intestada, única de que habla el título 2.°, i la obligacion que debe ponerse al testador de instituir a aquéllos que habrian sido sus herederos forzosos sin la interposicion del indigno. Por lo que toca a los descendientes, cesó la dificultad desde que vimos el artículo 4 del título 8.°, por el que se les concede el beneficio de la representacion en la sucesion testamentaria, segun las mismas reglas que en la sucesion intestada. Solo resta establecer con igual claridad el derecho de los abuelos, bisabuelos, etcétera, en caso de indignidad del hijo, nieto, etcétera, respecto de sus descendientes; dado caso que esto se crea equitativo, como lo es a nuestro juicio. Hagámonos entender con un ejemplo. Supongamos que Pedro tiene padre, madre i abuelos paternos, i que deshereda

al padre por justa causa: ¿tiene obligacion de instituir solo a la madre, o los abuelos paternos son tambien sus lejitimarios? Hé aquí una cuestion que creemos no se halla resuelta en el proyecto; i si lo está, es en contra de los abuelos. Por el artículo 13 del título 2.°, se declara que, si el difunto no deja posteridad que tenga derecho a sucederle, lo sucedan sus ascendientes lejítimos de ambas líneas; pero esto debe entenderse sin perjuicio de indignidad, incapacidad, etcétera. Si el padre de Pedro hubiera muerto, los abuelos de éste tendrian un derecho incuestionable en virtud del segundo inciso del mismo artículo a la mitad de la herencia; pero la existencia del padre los perjudica, i su indignidad impide el tránsito de la herencia a los ascendientes de grado ulterior. Regulándose la sucesion ex testamento por las mismas reglas que la sucesion ab intestato parece deducirse de lo dicho que los abuelos paternos de Pedro no deben concurrir con la madre de éste en la mitad lejítima.

No tenemos dificultad en creer que talvez las razones precedentes carezcan de fuerza por haber entendido mal el artículo en que las fundamos; pero, así como nosotros procediendo de buena fe le hemos dado mala intelijencia, no es difícil que haya otros a quienes suceda lo mismo, i todavía es mas fácil que uno de mala fe saque de él motivo de cuestiones i disputas. Esto parece manifestar, si no la necesidad, al ménos la utilidad de establecer de un modo claro el derecho de los ascendientes en el ejemplo propuesto i sus semejantes.

Nada diremos acerca de la respuesta que se da a nuestras observaciones sobre los adverbios *personal* i *representativamente* i la conjuncion copulativa *i* con que se hallan unidos en el artículo 15 del título 2.° Habiéndose propuesto otra redaccion, que hace evidentemente mas intelijible el artículo, cualquiera discusion sobre la materia sería gastar tiempo inútilmente. Contrayéndonos ahora a la segunda parte del artículo, en la cual se determinan los derechos de los hermanos unilaterales, i cotejando su disposicion con la de las leyes francesas, no trepidamos en dar la preferencia a la del proyecto.

No queremos pasar por alto la rectificacion que trata de hacerse en el ejemplo propuesto i resuelto por nosotros en el remitido a que alude la respuesta de que actualmente tratamos. Se dice que la porcion de los unilaterales es 3,428 $^4/_7$, sin necesidad de reducir ni simplificar quebrados, como suponemos. O se cree que hemos dicho que cada vez que se aplique el artículo hai necesidad de reducir i simplificar quebrados, o que éstas dos operaciones eran necesarias en el ejemplo que propusimos i modo como lo resolvimos: si lo primero, se ha dado a nuestras palabras una extension que conocidamente no tienen. Ántes de ahora hemos tenido ya que notar, i quizá en adelante notaremos, el haberse tomado en jeneral algunas expresiones nuestras aplicadas a un caso determinado. Talvez esto provenga de que nosotros, tachando de oscuros los escritos de otros, incurrimos tambien en ese defecto. Si se cree lo segundo, no por esto está mejor aplicada la palabra suposicion, como vamos a demostrarlo. De que las porciones que señalamos a cada uno de los hermanos sean las mismas que les corresponden por el artículo 15, no debe quedar duda si se observa que la parte de los unilaterales es la mitad de la del hermano carnal, i que la suma de las seis partes iguala exactamente al total de la herencia. Ahora bien, en la porcion de los unilaterales, se encuentra el quebrado $^{16}/_{28}$, que puede simplicarse, esto es, reducirse a menor expresion porque es igual a $^8/_{14}$ i a $^4/_7$, luego hai quebrado que simplificar. En la parte del hermano carnal, se halla la fraccion $^{32}/_{28}$, que puede reducirse, esto es, sacarse de ella la unidad o unidades que contenga, lo que da por resultado 1 $^4/_{28}$ o bien 1 $^1/_7$, luego hai fraccion que reducir. Si esto es así, como indudablemente lo es, ¿dónde está la suposicion? Pero desentendámonos de expresiones duras, vertidas seguramente sin advertencia. Lo que hai de cierto en el caso, es que en la respuesta se ha resuelto el ejemplo por una regla; nosotros lo resolvimos por la falsa posicion; otro lo resolverá por ecuaciones, como puede hacerse: i en siendo la parte del hermano carnal doble de la de los unilaterales, i la suma de todas ellas igual a la herencia, se ha cumplido con la lei, probando esto solamente

la verdad tan sabida de que puede llegarse a un mismo punto por diferentes caminos.

Estamos mui distantes de pretender que en nuestro código se copie servilmente el frances ni ningun otro. Esto no dejaria de producir contradicciones i absurdos de cuya existencia nos dan una prueba nuestras leyes, principalmente las de las *Partidas*, a las cuales no siempre se traslada el derecho romano con discernimiento, como observan nuestros autores. Deseamos únicamente que el código chileno sea tan completo, claro i equitativo como sea posible, sin cuidarnos de que sus disposiciones se tomen de esta o aquella parte. Esto importaria bien poco, como se dice acertadamente en la respuesta. Si dijimos que convendria traducir literalmente los artículos del código frances que se creyese útil incorporar en el nuestro, añadimos que esto deberia hacerse en cuanto fuera posible, de modo que, cuando la armonía o correspondencia de lenguaje que debe reinar en nuestro código, como en cualquiera otra obra exija separarse del texto, debe hacerse así, porque entónces ya no es posible la traduccion literal.

U. P. D. I.

SÉTIMO REMITIDO

Para desaprobar la parte 2.ª del artículo 16 del título 2.°, en que se determina que el derecho de sucesion en los colaterales llegue solo hasta el grado sexto, nos fundamos en el axioma que dice: «que todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso.» Pero se dice que el principio está inoportunamente aplicado, porque la disposicion impugnada, o no quita nada a nadie, o si algo quita, es una esperanza irracional, una cantidad evanescente, etcétera. Estará el principio oportunamente aplicado, 1.° si por el artículo 16 se muda el estado presente; i 2.° si por esta mutacion ganan unos lo que pierden otros. La verdad de estas dos proposiciones está de manifiesto. Por las leyes actuales, el derecho de sucesion de los

colaterales llega hasta el grado décimo; por el artículo 16, solo llega hasta el sexto: hé aquí la mutacion del estado presente. Por las leyes actuales, un colateral del sétimo grado excluye al cónyuje sobreviviente; por el artículo 16, éste excluye a aquél: hé aquí la ganancia del cónyuje, consistiendo en la pérdida del colateral.

Aunque lo dicho basta para probar que, por esta parte, el principio no está mal aplicado, examinemos, no obstante, el peso de las razones dadas en contrario. Concedamos, porque esta concesion no nos perjudica, que en virtud de la nueva disposicion solo pierde el colateral una esperanza tan insignificante i remota, como se quiera. ¿Qué consecuencia favorable al proyecto resulta de aquí? absolutamente ninguna. Siendo igual la ganancia del cónyuje i la pérdida del colateral, si es pequeñísimo el perjuicio que se infiere a éste privándolo de esa esperanza, tambien es casi nulo el beneficio que se hace a aquél concediéndosela. Síguese de aquí que, si no se trasfiriera el derecho de suceder del colateral al cónyuje cuando fuera como mil, tampoco debe trasferirse aunque solo sea como uno, porque siempre tendremos por resultado esta proporcion u otra semejante 1000:1000::1:1. Ademas, si la ocurrencia de un caso de estos es tan improbable que se acerca a lo imposible, porque, segun se dice, la transicion del décimo grado al sexto no costará un solo suspiro de esperanza frustrada, bien indiferente debe ser para el cónyuje supérstite que se limite la sucesion de los colaterales en el grado sexto o en el décimo i vijésimo, porque con esa limitacion no adquiere ni esperanza de gozar del beneficio que quiere hacérsele con ella.

Las razones dadas en algunos de los pasajes siguientes de la contestacion solo prueban una verdad en que habíamos convenido de antemano, i es que parece mui conforme a razon que el cónyuje sobreviviente concurra con los colaterales del difunto. Mas, aunque las leyes actuales no le conceden este derecho, veamos si son del todo neglijentes en mirar por la condicion de él. Es verdad que en la sucesion del premuerto le son preferidos los colaterales hasta el grado décimo; pero,

sobre ser de poco momento el anteponerlo a ellos desde el sétimo grado inclusive, por lo raro de un caso en que pueda ejercer este derecho, hai circunstancias en que nuestras leyes lo hacen concurrir, no con colaterales, sino con los descendientes mismos del difunto. Por la lei 7, título 13, *Partida* 6.ª la viuda pobre a quien el marido no deja lo suficiente para vivir bien i honestamente, ni ella no lo tiene de lo suyo, puede heredar la cuarta parte de los bienes de él, aunque tenga hijos; con tal que esta cuarta parte no exceda de cien libras de oro. * Aunque esta lei habla solo de la viuda, Gregorio López extiende su disposicion al viudo; i en conformidad con esta opinion, se nos ha dicho haberse decidido recientemente un caso por nuestros tribunales, en que se autorizó a un viudo para elejir gananciales o cuarta marital.

Creemos poder deducir de lo dicho: 1.° que la regla del proyecto que llama al cónyuje en defecto de colaterales hasta el sexto grado, casi en nada lo favorece, aun estando a lo que se asienta en la contestacion; i 2.° que, si se exceptúa la disposicion en que se determina que el cónyuje concurra con los colaterales aun prescindiendo del caso de pobreza, innovacion que aprobamos en uno de nuestros remitidos, el proyecto no es mas liberal que nuestras leyes con el cónyuje pobre, que es el que mas necesita de liberalidades. No parece, pues, haber justo motivo para reformar el derecho actual en este punto, ni para asentar que su disposicion es odiosa i positivamente mala.

A las lejislaciones que citamos en apoyo de nuestra opinion, se nos oponen la de Inglaterra i la de los Estados Unidos. ¿Podremos esperar alguna utilidad de tomar por modelo de nuestras leyes las de la nacion inglesa, entre la cual i nosotros casi no hai diversidad, sino oposicion, de usos i costumbres? ¿No es

* Gregorio López, siguiendo el derecho romano, dice en la glosa 8.ª de esta lei que lo dispuesto por ella tiene lugar cuando los hijos son tres o ménos; porque, si son mas, la porcion de la viuda es igual a la de ellos. Si se está por esta opinion, es igual la condicion actual del cónyuje a la que debe tener por el proyecto; si se sigue el tenor literal de la lei, ésta favorece al cónyuje mas que el proyecto.

probable, atendida esta circunstancia, que una medida que fuera bien recibida por los ingleses i provechosa entre ellos, lo fuera mal por nosotros i nos perjudicara? No puede temerse esto respecto de la lejislacion romana, aunque antigua, a la cual casi puede decirse que estamos acostumbrados, estándolo a la española, su hija primojénita. Por otra parte, no creemos que la lejislacion inglesa tenga la celebridad de la romana i española i la del código frances. En cuanto a los Estados Unidos, exceptuando la Luisiana, estado que cabalmente no se encuentra entre los que se citan en la contestacion, jamas hemos visto hacer mencion honrosa de su lejislacion.

Parece que en la contestacion quisiera darse a entender que hubo época en Roma en que la mujer casada era de mejor condicion, que bajo la influencia de nuestras leyes. Pongamos en claro esta idea. Es verdad que, como una consecuencia de la patria potestad que el marido adquiria sobre la mujer por el matrimonio solemne, entraba en el número de los herèderos suyos de aquél, lo heredaba juntamente con los hijos i excluia a los colaterales; pero tambien lo es que el marido a su vez hacía sobre ella adquisiciones mas importantes todavía: tales eran las de enseñorearse de todo lo que tenia la mujer al tiempo del matrimonio i de cuanto adquiria despues; la de poder ejercer sobre ella, como sobre todos los hijos constituidos bajo patria potestad, el terrible derecho de vida i muerte; i en suma, el estar sujeta la mujer a todos los derechos que conferia al padre la patria potestad. Consideraciones son estas, que, a nuestro juicio, harán conocer a cualquiera que, en los primitivos tiempos de la república romana, tiempos que se creen los mas favorables a la mujer, era ésta una esclava mas bien que una compañera del marido; i que, si en algo no han copiado nuestras leyes a las romanas indebidamente, ha sido al estatablecer la condicion de la mujer casada.

Por lo que hace al fisco, nunca hemos creído injusto se le defieran las sucesiones intestadas en defecto del cónyuje sobreviviente, ya se considere esta delacion como un impuesto, o bajo cualquier otro aspecto. Pero, habiendo manifestado ya que no parece haber razon para alterar en beneficio del cón-

yuje lo que las leyes actuales disponen sobre la materia en favor de los colaterales, esas mismas razones obran mas poderosamente contra el fisco, que debe entrar despues del cónyuje. Se cita en contra de nuestra opinion la de Bentham, que quiere que, faltando cónyuje sobreviviente, descendientes, padres, hermanos, i descendientes de éstos, recaiga toda la sucecion en el fisco con la carga de distribuir los intereses de ella en forma de pension vitalicia entre los ascendientes de grado superior al primero. Aunque el no haber sido adoptada esta opinion en el proyecto manifiesta claramente que no se la tuvo por equitativa, diremos, sin embargo, que, sobre no ser mui conforme a la justicia, considerada bajo su aspecto económico talvez perjudique al fisco, en vez de favorecerlo. Es una verdad sentada entre los economistas, i que a todos nos consta, sin que los economistas nos lo digan, que el fisco es el peor de los productores. Recibida por él esa herencia cuyos intereses debe distribuir, o la emplea en la produccion o nó: si lo primero, resulta el inconveniente ya dicho, de que, léjos de aumentar el capital, lo menoscabará; si lo segundo, tendrá que pagar intereses de un capital que nada le produce, lo que sin duda alguna es un mal. Ademas, ¿por qué obligar al fisco a tomar capitales a interes quiera o no quiera? ¿No es esto hacerlo de peor condicion que un particular cualquiera, a quien jamas se impone semejante obligacion? Sea cual fuere la autoridad o prestijio de que goza Bentham en la materia, esta opinion suya nos recuerda aquello de Ciceron: «no hai absurdo que no haya sido dicho por algun filósofo.»

U. P. D. I.

OCTAVO REMITIDO

Vamos a tratar por segunda vez de los derechos de los hijos naturales reconocidos en la sucesion intestada del padre que los reconoció, i de los de éste en la de aquéllos. La jeneralidad con que se dispone, en el artículo 19 del título 2.°, que los hijos naturales reconocidos concurran con los ascendientes i herma-

nos lejítimos del padre, i que sean preferidos a todos los demas colaterales, nos hizo creer que excluian aun a los hijos de los hermanos. La explicacion que de ese artículo se da en la contestacion a que aludimos (inserta en el número 615 de *El Araucano)* es satisfactoria, i nada tiene de violento. Pero, no obstante, juzgamos que, aunque el artículo en su redaccion actual sea intelijible, convendria hacerlo, por medio de una adicion, a mas de intelijible, claro; i que donde dice: *i en concurrencia de los hermanos llevarán la mitad de los bienes*, dijera: *i en concurrencia de los hermanos personalmente o representados llevarán la mitad de los bienes*. Con esta adicion, nada se pierde i puede ganarse; siendo ella ademas conforme con el sabido precepto de Quintiliano que dice: que debemos hablar de modo que, no solo se nos entienda, sino que no pueda dejar de entendérsenos; regla que, si es útil i aun necesario observar en todas materias, en ninguna lo es tanto, como en las leyes, que nunca pecarán por exceso de claridad. Por lo demas, si en nuestro remitido hicimos mencion del sobrino, fué por via de ejemplo, como puede verse allí mismo, no porque nuestras observaciones fueran exclusivamente aplicables a él: póngase tio en lugar de sobrino, i está todo conciliado.

Se asienta en la contestacion que los derechos de los hijos naturales en la sucesion paterna han sido coartados bajo todos aspectos; porque, ya sea que el padre los reconozca o nó, que teste o no teste, no puede nunca favorecerlos en perjuicio de la lejítima de los ascendientes, como puede por las leyes que hoi rijen. Primeramente, no hallamos cómo concordar esta aseveracion con lo que se dice en la nota al artículo 12, título 2.°, donde se asegura que los derechos de los hijos naturales reconocidos se han aumentado considerablemente en el proyecto; luego la condicion de los hijos naturales se ha mejorado bajo el aspecto de reconocidos. En segundo lugar, de que el padre no puede favorecer al hijo natural en perjuicio de los ascendientes, no es consecuencia lejítima que los derechos de los hijos naturales hayan sido coartados bajo todos aspectos, sino que lo han sido en la sucesion testamentaria; de la que no trata la

disposicion impugnada, ni nosotros tampoco. Parece, pues, ser algo exajerada la proposicion antedicha.

Pero, prescindiendo de consideraciones en jeneral, descendamos al caso en cuestion i veamos: 1.° si la variacion que el proyecto hace de los derechos de los hijos naturales, aumenta, conserva o coarta esos derechos; i 2.° si hai motivo para ella. Creemos que el medio mejor, si no el único, de resolver el primer problema, consiste en comparar las disposiciones del proyecto con las del derecho actual sobre la materia. En la sucesion de los hijos naturales en los bienes del padre, pueden ocurrir cuatro casos: 1.° derecho del hijo natural reconocido en la sucesion testada del padre; 2.° derecho del hijo natural reconocido en la sucesion intestada del padre; 3.° derecho del hijo natural no reconocido en la sucesion testada del padre; i 4.° derecho del hijo natural no reconocido en la sucesion intestada del padre. Aunque en la contestacion se trata, no solo de los casos 1.° i 3.°, sino tambien de los derechos de los hijos lejítimos por presuncion *juris et de jure*, de los de los lejitimados i adoptivos, con todo, nosotros no tomaremos en consideracion nada de esto, a lo ménos en el cuerpo de este remitido, por creerlo ajeno de la materia que nos ocupa. Solamente hemos censurado i censuramos el aumento excesivo que en la sucesion intestada del padre se ha dado a los derechos del hijo natural reconocido, i la aniquilacion absoluta de los de aquél en la de éste.

Acerca del caso 2.°, dispone la lei 8, título 13, *Partida* 6.ª que, si el padre deja descendencia lejítima, el hijo natural solo tiene derecho a alimentos tasados por el juez; pero, si no hai hijos lejítimos, el natural tiene derecho a la sexta parte de la herencia, sexta parte que deberá dividir con la madre; de modo que en rigor el hijo solo hereda un doceavo de los bienes. Sobre el mismo caso, establece el artículo 41, título 8.° del proyecto que, si hai descendencia lejítima, el hijo natural tenga derecho a alimentos tasados por el juez. En esto, hai uniformidad entre las *Partidas* i el proyecto; pero, no habiendo hijos lejítimos, tiene derecho el natural por el artículo 19, título 2.° a la cuarta parte de los bienes, si concurre con ascen-

dientes lejítimos del intestado, o a la mitad de los bienes si concurre con hermanos lejítimos del mismo, i a toda la herencia si no hai ascendientes ni hermanos. En vista de lo expuesto, ¿podrá negarse que el proyecto aumenta considerablémente los derechos de los hijos naturales reconocidos, como con sobrada razon se dice en la nota ya citada? ¿Cuándo puede el hijo natural por las leyes actuales tomar la cuarta parte, la mitad o toda la herencia del padre intestado, como puede por el proyecto?

Con respecto al caso 4.°, disponen lo mismo nuestras leyes, sin mas diferencia que el haber de seguir un juicio el hijo natural no reconocido con los herederos lejítimos del padre para probar su filiacion; probada la cual, tiene derecho a alimentos o a la sexta parte de la herencia en los términos que se han dicho. Sobre esto, ordena el proyecto, en el artículo 41, título 8.°, que el hijo natural no reconocido solo tenga derecho a alimentos en todo caso, esto es, haya o nó descendencia lejítima del padre; de modo que, si la hai, tiene unos mismos derechos por las *Partidas* i el proyecto; si no la hai, el proyecto coarta su derecho.

Probado ya de un modo indubitable que la variacion que el proyecto hace en los derechos de los hijos naturales, unas veces aumenta, otras conserva i algunas coarta esos derechos, resta saber si hai motivo para ella, que es la segunda cuestion que nos propusimos. Para ello, veamos qué fuerza tienen las razones en que se apoya la reforma, i que se alegan en la contestacion. Se dice que el padre sabe los derechos que el reconocimiento confiere al hijo, i que, resolviéndose a reconocerlo, se los concede por un acto tan positivo de su voluntad, como si hiciera un testamento. Creemos que esta razon no prueba nada, porque prueba demasiado. ¿Qué tal redaccion sería esta: «En la sucesion intestada del padre, el hijo natural reconocido tiene derecho a la mitad libre, si concurre con lejitimarios, i a toda la herencia a falta de éstos?» Seguramente se nos dirá que es mala, porque, a haberse creído buena, se hubiera adoptado en el proyecto. Pues, con todo eso, nada es mas fácil que sostenerla con la misma razon que se da en favor de la dispo-

sicion impugnada; i si no, vamos a la demostracion. El padre natural sabe que por el acto de reconocer al hijo, le da derecho a la mitad de su herencia en unos casos, i a toda ella en otros; sin embargo lo reconoce; luego le confiere ese derecho por un acto tan positivo de su voluntad, como si hiciera un testamento. Si, a pesar del reconocimiento, quiere disminuir su porcion hereditaria, puede hacerlo testando; si no quiere reconocerlo, sino dejarle todos sus bienes, o la mitad de ellos, segun los casos, tambien puede hacerlo testando; de suerte que todo pende de su voluntad. Hé aquí apoyada una mala disposicion en el mismo principio que sirve de base a la del proyecto.

Ademas, ese mismo raciocinio podria conducirnos a una redaccion diametralmente opuesta a la anterior, tal como la siguiente: «El hijo natural aun reconocido solo tiene derecho a alimentos en la sucesion intestada del padre, concurra o nó con los lejitimarios de éste.» Se dice, i es una verdad, que gran parte de los derechos hereditarios de un hijo natural depende de la voluntad del padre: puede éste reconocerlo, i sin embargo dejarle solo derecho a alimentos, respecto de los cuales el hijo natural es lejitimario del padre; puede no reconocerlo, i no obstante dejarle todos o la mitad de sus bienes; espérese entónces el testamento del padre, i no se adhiera ningun derecho al acto del reconocimiento. Pero se nos objetará ¿i si el padre no hace testamento? Eso mismo objetamos nosotros. Se dice que no hai inconveniente en conceder al hijo las cuotas hereditarias de que habla el citado artículo 19, porque el padre, si quiere, puede disminuirlas testando; ¿i si no testa? porque no es posible suponer que el padre pueda testar cuando quiere disminuir los derechos del hijo, i muera sin testamento cuando se propone aumentarlos.

Parece que de lo dicho fluye, como consecuencia mui natural, que serian dos extremos igualmente viciosos, mirar por una parte el acto del reconocimiento como una especie de testamento del padre en favor del hijo, i por otra hacerlo del todo infructuoso con respecto a éste, esperando en todo caso el testamento de aquél. La regla mas conforme a la equidad, i

sana razon será aquella que, distando del mismo modo de ambos extremos, concilie los intereses del hijo con los de los demas parientes del padre, cualidad que creemos se encuentra en la redaccion que propusimos en nuestro cuarto remitido.

En la parte final de la contestacion, se refieren los motivos por que se excluyó al padre natural de la sucesion intestada del hijo, llamando solo a la madre. Siguiendo el método que hemos observado hasta aquí en nuestras respuestas, analizaremos las razones en que se apoya la disposicion censurada, para que, al mismo tiempo que hagamos ver si prueban ellas o nó lo que se pretende, manifestemos los fundamentos de nuestra opinion.

En favor del proyecto, se alega: primero, la mayor o menor criminalidad de que se hacen reos los que tienen hijos naturales; i segundo, la mayor certidumbre de la maternidad. Si ante las leyes civiles solo es delito la infraccion voluntaria de una de ellas, no puede darse con propiedad ese nombre a la paternidad ilejítima. Por mas criminal i pecaminosa que se le suponga ante Dios i la conciencia, ella es no solo tolerada, sino permitida, por la lei civil, como puede verse en el proemio del del título 14, *Partida* 4.ª, i sobre todo en la lei 2 del mismo título i *Partida*. Ahora, si para calificar el acto atendemos a la sancion relijiosa, como se hace en la contestacion, en la lei divina no se encontrará excepcion ninguna en favor de la mujer, sino una prohibicion igual para los dos sexos; si a la sancion popular, ella es tan severa con la mujer como induljente con el hombre. Pero se dice que este fallo de la opinion pública es injusto. I ¿por qué? Nosotros creemos que no puede haber injusticia en lo que es conforme al derecho natural; i tal es el fallo de la sancion del honor en este caso. Siempre se han buscado las disposiciones del derecho natural en el consentimiento unánime o casi unánime de todos los hombres, con especialidad de aquéllos que por su civilizacion i cultura han perfeccionado su sensibilidad moral i se hallan en mejor estado para percibir las inspiraciones de la naturaleza. I ¿podrá negarse que no hai nacion, aun entre las mas incultas, en que

no se crea que la castidad i el pudor son las principales cualidades que deben notarse en una mujer? ¿De dónde, sino de aquí, proviene el desagrado que una mujer desenvuelta inspira aun al hombre mas inmoral? Mucho pudiéramos decir acerca de esta injusticia aparente de la sancion popular; pero nos contiene el temor de hacernos demasiado difusos. Quedemos, pues, en que no es injusta la lei que impone una pena grave a una falta grave tambien, o mejor dicho, que castiga las faltas a proporcion de su gravedad.

No se crea por esto que disculpamos enteramente al hombre, i que miramos, como indiferente para con la sociedad, su conducta buena o mala en este punto. Léjos de nosotros tal pensamiento. Ojalá pudiéramos hacer que las sanciones civil i popular coadyuvaran a la relijiosa, para que, procediendo las tres de consuno, su accion fuera mas eficaz. Solo pretendemos probar que no es la mujer tan inocente como se dice, ni por consiguiente hai en la opinion pública la injusticia que se cree descubrir en ella.

Pero, aun concedido que haya injusticia en la opinion, i que la lei civil no deba hacerse partícipe de ella, sino por el contrario compensarla favoreciendo a la madre, siendo cierto que el padre tambien sufre algo en su honor, la lei que regule los derechos del padre i la madre ilejítimos en los bienes del hijo intestado debe tener por base la siguiente proporcion: el derecho del padre natural en la sucesion del hijo intestado debe ser al derecho de la madre en el mismo caso, como la disminucion de honor que padece el primero es a la que experimenta la segunda. Esta proporcion nos da por resultado, no la exclusion absoluta del padre, sino el mejor derecho de la madre, cosa que nunca hemos negado.

La segunda razon, que consiste en la mayor certidumbre de la maternidad, es la mas fuerte que puede darse en favor de la madre. Ella prueba hasta la evidencia que, habiendo de la madre certidumbre física en todo caso i del padre certidumbre moral a lo sumo, la cuota hereditaria de éste debe ser mui inferior a la de aquélla. Este mismo principio han seguido nuestras leyes, como convencen sus disposiciones, i como ex-

presamente lo establece la lei 11, título 13, *Partida* 6.ª Mas, como del principio de reciprocidad jeneralmente tomado, pudieran resultar en contradiccion los derechos del padre i los de la madre, lo que se verifica ahora por las leyes romanas i españolas, convendria determinar que, concurriendo los dos, el primero tomara la cuarta parte de la herencia, i la segunda los tres cuartos restantes.

Contra la reciprocidad de derechos entre el padre natural i el hijo, se objeta que de ella resultaria una voluntad captatoria, porque el reconocimiento equivaldria a decir al padre: te doi el derecho de suceder en mis bienes, para adquirir el derecho de suceder en los tuyos. Primero, no hai institucion captatoria, porque ésta supone testamento en las lejislaciones que la prohiben, i en el caso de que hablamos, tanto el padre, como el hijo, pueden morir intestados, i precisamente para entónces es para cuando nosotros proponemos la responsabilidad. No hai institucion captatoria, porque ésta no produce efecto si aquél a quien instituimos no nos instituye a nosotros; i en nuestro caso, tanto el padre, como el hijo, pueden instituir a quien quieran, i al mismo tiempo heredarse mutuamente. Segundo, aunque hubiera institucion captatoria, seguramente no resultaria de ella ningun mal, pues las leyes romanas i españolas,* que son las únicas que sepamos hayan prohibido seme-

* En rigor, no puede decirse que las leyes españolas reprueben la institucion captatoria, que es aquella que tiene por objeto captarnos o atraernos la herencia de otro: por ejemplo, dejo a Pedro mis bienes si él me deja los suyos; o bien nombro a Pedro por heredero en la misma porcion de mis bienes que él me deje de los suyos. De esta definicion i ejemplos, fácil es colejir que con esta institucion no tiene la menor analojía la que vulgar e impropiamente lleva este nombre, que es aquélla en que se deja la eleccion de heredero en voluntad de otro: por ejemplo, sea mi heredero el que Pedro designe. Este nombramiento de heredero, sí es reprobado por la lei 11, título 3.º, *Partida* 6.ª Pero, como por desgracia, es una costumbre sobrado comun entre nosotros el respetar la autoridad de los expositores talvez mas que la de la lei misma, jeneralmente se cree que la primera de estas instituciones es viciosa, porque en la glosa 2.ª a la lei ya citada lo dice así Gregorio López, i porque sientan lo mismo casi todos los autores. Sabemos de dos sentencias, una de la corte de apelaciones i otra de

junto institucion, establecieron esa misma reciprocidad que proponemos. Tercero, ¿qué tiene de malo la institucion captatoria? A nuestro juicio, la comision no ha creído justo reprobarla, pues en el proyecto no hemos encontrado artículo ninguno que la prohiba. Tambien fueron de la misma opinion los redactores del código moderno mas célebre, en el que no se habla de esa institucion. Ahora bien, si no se tiene por mala la institucion captatoria, ¿por qué se nos arguye con ella? i si se cree viciosa ¿por qué se dejó ese vacío en el proyecto?

La segunda objecion consiste en el temor de que el padre abusara del reconocimiento para constituirse el derecho de suceder al hijo que poseyese un patrimonio cuantioso, i que no pudiese testar por defecto de edad, demencia u otro motivo. En estos casos, podria el padre ser impelido al reconocimiento, no por afecto a la persona del hijo, sino a la herencia. En realidad, resulta ese inconveniente de la medida que hemos propuesto; i aunque de rara ocurrencia, quizá bastaria su mera posibilidad para hacernos desistir de nuestra opinion, si no fuera fácil superarlo. Dispóngase que el padre no adquiera el derecho de suceder al hijo intestado, sino cuando el reconocimiento se verifique, no teniendo el hijo impedimento para testar; pero si lo tiene, empiece a existir el derecho cuando desaparezca el impedimento.

Las disposiciones de las leyes romanas i españolas relativas a los derechos de los hijos lejitimados i adoptivos en la herencia del padre intestado, i a los de los naturales en la sucesion testamentaria del mismo, nada tienen que ver con lo que hemos censurado en el proyecto. Háblesenos de lo que disponen

un juzgado de primera instancia, en que se ha sentado que la voluntad captatoria es reprobada en derecho. Habria sido de desear que se hubiera citado la lei que la reprueba. Tambien es digno de notarse en ellas lo mal aplicado del principio, aun suponiéndolo vijente entre nosotros, i la impropiedad de la locucion. No recordamos haber visto en las leyes romanas, que son las únicas que hacen mencion de este caso, ni en sus expositores, la expresion «voluntad captatoria», sino siempre «institucion captatoria», bien que Gregorio López use de la primera de estas dos denominaciones. Pero extendernos mas sobre esto, sería salir de los límites que nos hemos propuesto.

esas leyes sobre los derechos de los hijos naturales reconocidos en la sucesion intestada del padre; i entónces reconoceremos, si no la fuerza de los argumentos, a lo ménos la identidad de las materias. Pero, ya que se ha tocado este asunto, diremos algo sobre él.

No era preciso recurrir a códigos extraños para conocer la lejitimacion por carta o instrumento i sus efectos. En los nuestros, está la lei 7, título 15, *Partida* 4.ª, que no deja nada que desear sobre este punto. En cuanto a los hijos lejitimados por subsiguiente matrimonio, ni necesitan reforma las leyes que hoi rijen, ni el proyecto la hace. Por lo que toca a los lejitimados por rescripto, creemos encontrar en el proyecto mejor detallados sus derechos. El buen sentido i la equidad reclamaban la derogacion de la lei 6, título 20, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, en que se concede al padre que tiene hijos naturales i ascendientes lejítimos la facultad de dejar a los primeros todo lo que quiera, aunque sea en perjuicio de la lejítima de los segundos; de lo que se infiere comunmente, i con razon, que en el caso indicado puede el padre desheredar aun del todo a sus ascendientes. No es fácil descubrir el motivo que pudo haber para una concesion de esta naturaleza. Con gusto, la hemos visto suprimida en el proyecto.

U. P. D. I.

NOVENO REMITIDO

Artículo 8 del título 4.º: «Entre asignatarios conjuntos hai derecho de acrecer.» I ¿en qué consiste este derecho, i cuáles son los casos en que tiene lugar? La definicion del primero i la enumeracion de los segundos se echan ménos en la lei. Es verdad que esta falta se suple en la nota que lleva el artículo; pero, repitiendo lo que ya hemos dicho, ¿se ha resuelto acaso publicar nuestro código con comentarios? Si no se piensa en esto, como no debe pensarse, ¿qué inconveniente hai en incorporar en el texto mismo de la lei las ilustraciones que van en las notas, sobre todo, cuando, como en el caso presente, lo que

ellas contienen no es ilustracion, sino una verdadera disposicion legal, que es indispensable conocer? ¿Saldrá el código voluminoso, se aumentará el número de artículos? que se aumente enhorabuena. Valen mas dos mil artículos claros e intelijibles, que ciento oscuros e inintelijibles, o por lo ménos difíciles de entender. No debe seguirse la precision hasta el extremo de sacrificar por ella la claridad.

Pero ¿en la nota se ha definido bien el acrecimiento, i se han enumerado con exactitud los casos en que hai lugar a él? o la comision ha opinado de distinto modo que nosotros, o, si no nos engañamos, hai defecto en las dos cosas. Se dice en sustancia que el derecho de acrecer consiste en que la porcion del asignatario que falta pasa a los otros conjuntos. Así definen las leyes romanas el acrecimiento en el usufructo. Para nosotros, el derecho de acrecer consiste en que la porcion del asignatario que falta pasa a las de los otros conjuntos. Esta es disposicion del derecho romano para el acrecimiento en la herencia i los legados. Aunque a primera vista aparece la diferencia de estas dos definiciones, sin embargo, la haremos mas perceptible con un ejemplo. Supongamos que instituyo por mis hereros a *B*, *C* i *D:* muerto yo, renuncia *B* su parte; acreciendo ésta a las de los otros, claro es que *C* tiene derecho a la mitad de la herencia i *D* a la otra mitad. Hasta aquí vamos acordes.

Finjamos ahora que *C* repudia su parte ¿a quiénes va ésta i en qué proporcion? Si la parte vacante acrece a los conjuntos, siéndolo *B*, tiene derecho de acrecer; i ¿cuánta es su parte? Esto es lo que no dice la nota: dividiremos, pues, la porcion vacante o en razon de un tercio a otro, porciones que tuvieron *B* i *D;* o en razon de cero a un medio, porciones que actualmente tienen. Mas, prohibiendo la sana razon dar a las leyes una intelijencia tal que en virtud de ella quedaran sin aplicacion, debemos estar por el primer término de la disyuntiva; porque por el segundo no tocaria nada a *B*, o lo que es lo mismo, no tendria derecho de acrecer, contra lo que la lei dispone. De lo dicho, se sigue que *B* tendria derecho a la mitad de la porcion vacante o a la cuarta parte de toda la herencia, que es lo mismo. Pero, si la parte vacante no acrece a los con-

juntos, sino a las otras partes, como es nuestra opinion, no habiendo mas parte que la de *D*, a ella acrecerá la de *C*, i *D* será único heredero.

Tampoco se han enumerado con exactitud, a nuestro juicio, los casos en que hai derecho de acrecer. Segun la nota, tiene lugar por muerte, incapacidad, indignidad, o repudiacion del asignatario; ¿i si la porcion queda vacante por otra causa? Supongamos un legado a *B* i *C*, puro para el primero, i condicional para el segundo. No verificándose la condicion, ¿a quién va la parte de C? Por la nota al heredero, i a *B* si se atiende a la razon inductiva del acrecimiento. En efecto, ¿qué razon hai para que la parte de *C*, que muere en vida del testador, acrezca a la de *B* i no acrezca cuando *C* no es colegatario por no verificarse una condicion? Creemos que no podrá señalarse razon de diferencia.

Ya hemos visto que no basta saber cuándo una porcion se considera vacante i a quiénes acrece; porque es preciso saber tambien cómo se verifica este acrecimiento, si por igualdad o a prorrata. Esto último parece lo mas conforme a equidad; sin embargo, el proyecto nada dice.

Nosotros redactaríamos el artículo 8 en estos términos: «Entre asignatarios conjuntos hai derecho de acrecer, que consiste en que la parte del asignatario que falta se agregue a las de los otros conjuntos a proporcion de cada una de ellas. I se entiende faltar uno de los asignatarios cuando no puede o no quiere admitir su parte. Se entenderán por conjuntos, etc.»

En el artículo 12 del mismo título, creemos que están de mas las palabras «o por repudiacion, incapacidad o indignidad del asignatario;» porque si éste no quiere su parte i la repudia, o no puede admitirla por incapacidad, indignidad, etc., se deferirá a otro por trasmision, sustitucion o acrecimiento, segun los casos; i estando esto dicho ya en el mismo artículo, no era preciso repetirlo con distintas palabras. Nosotros suprimiríamos los renglones segundo i tercero del artículo, i lo explicaríamos así: «Toda asignacion que pase de una persona a otra por faltar el asignatario, llevará consigo, etc.»

Artículo 1.° del título 5.° En él, se enumeran los casos en

que se entiende faltar un asignatario. Habiéndolos referido ya en el artículo 8 del título 4.° segun la redaccion que propusimos, los omitiríamos en el artículo 1.° de que hablamos. Ahora, toda la cuestion consiste en determinar cuál de los dos lugares es mas a propósito para esa disposicion. Nosotros creemos que el que le hemos dado. Siendo preciso saber cuándo falta un asignatario, tanto en el caso de acrecimiento, como en el de sustitucion, i tratándose primero del acrecimiento, allí debieron designarse esos casos. Ademas, repetimos aquí lo dicho acerca de la nota del artículo 8 del título 4.°, que o no se determina bien cuando falta un asignatario, o no estamos acordes con la comision. Es verdad que se refiere un caso mas, que es el de revocacion de la asignacion; pero no es éste el único que falta. Preferimos, por mas expedita i sencilla, la regla que hemos dado, esto es, que se entiende faltar un asignatario cuando no puede o no quiere admitir su parte: que no pueda por haber muerto en vida del testador, por indignidad u otro motivo, que no la quiera i la repudie, siempre tendrá lugar el acrecimiento o la sustitucion, sin necesidad de averiguar si el modo por que faltó el asignatario está o nó referido en la lei. Si lo que se quiere es simplificar la lejislacion, cosa que no nos desagrada, no divisamos motivo para que no se adopte la regla propuesta.

No nos parece bien el párrafo del artículo 8 en que se dispone que la sustitucion tácita de los descendientes lejítimos del asignatario sea preferida a la sustitucion expresa en favor del que no sea descendiente lejítimo del testador. En primer lugar, ¿qué se entiende por sustitucion tácita? ¿en qué parte del proyecto se han dividido las sustituciones en expresas i tácitas? Creemos que en la lei no debe usarse de voz técnica ninguna que no vaya precedida o seguida de su definicion; porque sino ¿quién determina su significacion? ¿Será bueno que tenga tantos sentidos, cuantos son aquellos que puedan darle la malicia, la ignorancia o la diversidad de opiniones tan comun entre los hombres? Se dirá que basta un mediano sentido comun para saber lo que es sustitucion tácita. Tambien bastan dos adarmes de sesos para saber que un loco no puede testar,



i a fe que no por eso se ha omitido esta disposicion en el proyecto.

En segundo lugar, ¿qué razon hai para preferir en ningun caso lo tácito a lo expreso, lo presunto a lo verdadero? Si yo digo: «sea mi heredero Pedro, i si él no lo fuere, séalo Juan,» muriendo Pedro durante mi vida, ¿en qué pueden fundarse sus hijos para ser mis herederos en perjuicio de Juan? ¿No es esto sobreponerse a mi voluntad manifestada de un modo legal, ya se atienda a las solemnidades de que va revestido el testamento, ya a que, en disponer de mis bienes como quiero, no hago mas que poner en ejercicio un derecho que la lei me declara i de que no podria despojarme sin una manifiesta injusticia? Se dirá que la resolucion a que nos oponemos, léjos de contrariar la voluntad del testador, tiene por objeto hacerla cumplir; porque, en el ejemplo propuesto i sus semejantes, se presume que el testador amó a los hijos de Pedro mas que a Juan. Pero ya hemos dicho que las presunciones desaparecen en presencia de la realidad, i que no debe tener lugar lo que se presume que yo querria, cuando se sabe lo que positivamente quiero. Por otra parte, es para nosotros una verdad innegable que a toda lei, contrato, testamento, etc., debe aplicarse la interpretacion literal, miéntras no haya razones mui poderosas en contrario: las que haya en este caso para interpretar la cláusula testamentaria extensivamente perjudicando a uno por favorecer a otro, confesamos con franqueza que no están a nuestro alcance. Por el contrario, creemos que, si entendiendo literalmente las disposiciones testamentarias nos exponemos alguna vez a contravenir a la voluntad de los testadores, mas numerosas serian las contravenciones siguiendo la regla contraria.

Estas razones adquieren doble fuerza si se atiende a la repugnancia o disconformidad que se nota entre la disposicion que censuramos i los principios sentados ántes en el proyecto. Pondremos un ejemplo para ser mejor entendidos. Supongamos que Pedro, teniendo por heredero lejítimo a su hermano Juan, nombra por heredero al extraño Diego; éste muere en vida del testador dejando hijos lejítimos. Al fallecimiento de

Pedro, ¿quién es su heredero? No lo es Diego porque ha muerto; tampoco lo son los hijos de éste, porque no se les ha trasmitido la herencia. Por el artículo 5 del título 1.°, no puede trasmitirse la herencia que no ha sido deferida, i por el artículo 4 del mismo título, la herencia se defiere al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesion se trata; de modo que el artículo 4 impide que se defiera a Diego la herencia de Pedro por haberle éste sobrevivido, i el artículo 5 prohibe a Diego trasmitir una herencia que no se le ha deferido: resta, pues, que Juan herede a Pedro ab intestato.

Añadamos al ejemplo anterior una circunstancia mas. Juan es sustituto de Diego. ¿Quién hereda a Pedro en este caso? los hijos de Diego; de suerte que, cuando Juan no es nombrado heredero, excluye a los hijos de Diego, i si se le nombra, es excluido por ellos. ¿Es esto conforme a la razon? Si se quiere seguir, no la voluntad verdadera del testador, sino la presunta, ¿puede presumirse que Pedro amó mas a Juan cuando no lo nombró heredero, que cuando lo nombró? ¿De cuándo acá la institucion del heredero es un modo de manifestar que amamos ménos a una persona, que cuando no la instituimos? Si no es de presumir tal cosa, sino precisamente lo contrario, ¿por qué se da a Juan la herencia en el primer caso, i se le quita en el segundo? Parece deducirse de lo dicho que, ya se siga la voluntad expresa del difunto, ya la tácita o presunta, en caso de sustitucion, debe el sustituto ser preferido a los hijos del instituido.

Las consecuencias que se siguen de la doctrina del proyecto, hacen todavía mas evidente esta verdad. Tales son: primera, que Juan sustituto, esto es, heredero testamentario, es de peor condicion que Juan heredero lejítimo, lo que no está mui en armonía con el principio virtualmente establecido en el artículo 1.° del título 2.°, con lo que dicta la razon, i con lo que disponen todas las lejislaciones que conocemos, es a saber, que, teniendo los llamamientos de la lei por único objeto suplir la omision o incapacidad de testar del difunto, los herederos testamentarios son de mejor condicion que los lejítimos; segunda, que, cuando Juan es llamado solo por la lei, tiene mejor

derecho, que cuando lo es por la lei i por la voluntad expresa del testador, lo que parece un absurdo; tercera, que el nombramiento de heredero hecho en Juan, lo perjudica en vez de favorecerlo, cosa que no puede conciliarse con la voluntad de ningun instituyente, porque, ¿a quién se le ocurre nombrar a otro de heredero con el fin de perjudicarlo? i esto sería cabalmente lo que sucederia en el ejemplo propuesto decidido por la lei que reprobamos. Rijiéndonos por ella, mejor le estaria a Juan que Pedro no se hubiera acordado de él.

Suprimiendo los párrafos segundo i tercero del artículo de que hablamos, se evitaria la necesidad de dividir las sustituciones en expresas i tácitas, i lo que es mas, se daria mejor cumplimiento a la voluntad de los testadores, que es lo que se pretende.

U. P. D. I.

RESPUESTA DE DON ANDRES BELLO

Principiaremos recordando que las notas puestas al proyecto no están destinadas a formar parte del código civil, o a entrar en él por via de explicacion o de comentario. Ellas expresan nuestras opiniones individuales, no las de la comision, que tampoco es responsable de las ideas que vertamos en las contestaciones a U. P. D. I. No nos lisonjeamos de estar siempre de acuerdo con ella, ni querríamos que se le imputasen nuestras inadvertencias o errores.

Acerca de las explicaciones que hayan o nó de acompañar al código, diremos cuál es el juicio de algunos miembros de la comision, que aun no ha tocado este punto en sus artículos. El código civil terminará por un título, análogo al *De verborum significatione* de las *Pandectas*, en que se definan todas las voces de que en él se haga uso, i que sean rigorosamente técnicas o se aparten algo de su significado vulgar. Pero ademas creen aquellos señores que, para facilitar la intelijencia del código, sería conveniente agregar a ciertas disposiciones uno o mas ejemplos que manifestasen el modo de aplicarlas. En el texto de las *Partidas*, los ejemplos o aplicaciones prácticas acompañan frecuentemente al precepto.

«Puramente pueden fazer los testadores sus mandas; que quiere tanto decir, como sin ninguna condicion. E esto sería como si dijesse algun testador: Mando a fulano tantos maravedís, o tal cosa. E aun la podria fazer a dia cierto o de dia cierto en adelante. E esto sería, como si dijesse el testador: Mando que den a fulano tantos maravedís el dia de Sant Juan Baptista, este primero que verná; o si dijesse: Mando que el dia de Sant Juan en adelante que ge los den. E aun las podria fazer so condicion. E esto sería como si dijesse: Mando a fulano tantos maravedís, si fiziere tal cosa.»

Mas otras veces sucede que el ejemplo mismo hace las veces del precepto, verbigracia:

«Otrosí decimos que si el testador, cuando fiziesse la manda, dijesse tales palabras: Mando que den a fulano mil maravedís quando fuere de edad de catorce años, si acaesciere que aquél a quien la faze, llegare a aquella edad, valdrá la manda, e si muriere en ante, non la puede demandar su heredero, nin ha derecho de la aver.»

Este segundo método está sujeto a gravísimos inconvenientes, porque, juzgándose de la aplicacion de la lei por meras analojías, se corre el peligro de extenderlas o limitarlas demasiado. El raciocinio analójico, naturalmente poco seguro, no debe emplearse en la aplicacion de la lei, sino cuando es absolutamente necesario, porque el caso de que se trata no está comprendido en ninguna disposicion jeneral, necesidad que el lejislador debe evitar al juez en cuanto le sea posible. Debe, pues, expresarse siempre en términos jenerales, que circunscriban exactamente la extension del precepto.

El primer método no está expuesto a igual peligro, si no es cuando se incorpora de tal modo el ejemplo en el precepto, que pueda desvirtuarse, por decirlo así, la jeneralidad de la expresion. La idea jeneral, amalgamada con el tipo especial, parecerá muchas veces limitada por él, contra la intencion del lejislador. El mejor método sería, pues, separar enteramente el ejemplo del precepto, poniéndolo en forma de glosa o apostilla despues de la lei.

La conveniencia de los ejemplos es manifiesta. Las disposi-

ciones jenerales, por propias que sean las palabras en que estén concebidas, no bastan para producir ideas claras i precisas en el entendimiento de las personas que no se han familiarizado con el asunto de que se trata. Ni es esto peculiar de las leyes, sino de todo jénero de materias. El entendimiento humano pasa siempre de lo particular a lo jeneral, de lo concreto a lo abstracto; i no se le puede dar la idea de un jénero nuevo, sino presentándoselo bajo una o mas formas específicas. La intercalacion de las aplicaciones prácticas podria parecer opuesta al estilo de los códigos modernos; pero sus buenos efectos son evidentes; i esto nos parece que bastaria para recomendarla. No se debe omitir medio alguno que contribuya a poner las leyes a el alcance del mayor número de personas posibles.

El autor del remitido echa ménos en el artículo 8 del título 4.° la definicion del *derecho de acrecer*. En el proyecto primitivo, la habia, i estaba concebida así:

«Destinado un objeto a dos o mas asignatarios, la porcion de uno de ellos que, por falta de éste, se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas.

«Este acrecimiento no tendrá lugar, si el testador hubiere señalado las porciones o cuotas en que haya de dividirse el objeto asignado.»

Este debió ser el artículo 8, siguiéndolo con diferente número el de que ahora se trata. Omitióse, por inadvertencia, el primer inciso, i se puso fuera de su lugar el segundo, colocándole al fin del artículo 9. (10 en el ejemplar primitivo); a cuya materia no pertenece, como es fácil echarlo de ver.

El autor del remitido propone la redaccion siguiente:

«Entre asignatarios conjuntos, hai derecho de acrecer, que consiste en que la parte del asignatario que falta se agregue a las de los otros conjuntos a proporcion de cada una de ellas. I se entienden por conjuntos, etc.»

No convenimos en esta redaccion.

1.° Porque, como la definicion del derecho de acrecer, es extensiva a los conjuntos i a los disyuntos, no debe colocarse

en un artículo en que se trata exclusivamente de los primeros;

2.° Porque la frase *a proporcion de cada una de ellas*, no nos parece propia. *Proporcion* supondria que las porciones a que acrece la vacante pudieran ser desiguales, lo que no debe nunca verificarse. Si dejado un objeto a *B*, *C*, *D*, sin expresion de cuotas (como es preciso que sea para que haya lugar al acrecimiento), falta *B*, ¿cómo se repartirá el objeto entre *C* i *D*? Es claro que no puede ser sino por partes iguales. Hablar aquí de proporcion sería dar motivo a un falso concepto;

3.° Porque la explicacion, «i se entiende faltar uno de los asignatarios cuando no puede o no quiere admitir su parte», no añade nada al verbo *faltar*, e induciria talvez a dudas o errores. El ausente que muere ántes de tener noticia de una asignacion que se le ha deferido no puede admitirla. Pareceria, pues, el caso comprendido en dos leyes contrarias, en el artículo 5 del título 1.°, que ordena la trasmision, i en el artículo 8 del 4.°, que prescribe el acrecimiento. Preferimos el verbo *faltar*, sin mas explicacion;

4.° Porque, aun adoptando la frase que establece la proporcion, i la glosa que explica el significado de *faltar*, una i otra estarian en él colocadas en un artículo donde solo se trata de los conjuntos.

El artículo 12 del mismo título dice así:

«Toda asignacion que pase de una persona a otra por trasmision, sustitucion o acrecimiento, o por incapacidad, indignidad o repudiacion del asignatario, llevará consigo todas sus obligaciones trasmisibles i el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente.»

El autor del remitido cree que están de mas las palabras «por repudiacion, incapacidad o indignidad del asignatario,» porque, si éste repudia, o es incapaz o indigno, se deferirá la asignacion a otro por trasmision, sustitucion o acrecimiento, segun los casos. Supongamos esta institucion de herederos: «Dejo la tercera parte de mis bienes a *B*, i las otras dos terceras partes a *C*. *B* repudia i no tiene sustituto nombrado por el testador. Resulta que, por faltar el asignatario, hai una

parte del patrimonio sobre la cual no tenemos disposicion testamentaria, i a que por consiguiente son llamados los herederos ab intestato. En este caso, no hai trasmision ni acrecimiento. ¿I pudiéramos considerar a los herederos ab intestato como llamados o sustituidos para todas las porciones vacantes? No recordamos que en el proyecto se hable de semejante sustitucion tácita. De que resulta que las tres denominaciones primeras dejan algo que desear para la comprension de la lei. Sin embargo, no tendríamos dificultad en adoptar sustancialmente la redaccion propuesta por U. P. D. I., expresando así la disposicion:

«Cuando por faltar un asignatario, pasa a distinta persona el objeto asignado, la asignacion llevará consigo todas sus obligaciones i cargas trasmisibles, i el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente.»

Habríamos deseado que el autor del remitido se fijase en esta segunda parte de la disposicion, que, a nuestro juicio, presenta dificultades, o por lo ménos un vacío que parece indispensable llenar. Supongamos que de tres herederos *B*, *C*, *D*, toca a *B* una porcion tan gravada, que no quiera aceptarla. *C* i *D* tendrán el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente, i por consiguiente la repudiarán a su vez. Llamados a ella los herederos ab intestato harán otro tanto. Ni la disposicion del testador, ni la cuota de bienes sobre que recae, aprovecharian a nadie.

Se repudia por igual motivo un legado. La asignacion retrocede al heredero, pero como éste, en virtud del artículo que nos ocupa, tiene el derecho de aceptarla o repudiarla, conservando la herencia, es claro que la repudiará. Otra disposicion i otra parte de bienes, de que no puede aprovecharse persona alguna.

Obviábanse en parte estos inconvenientes en el derecho romano por medio de la *Cuarta Falcidia*, a que la comision no ha dado lugar. Ademas, destituido el testamento por falta de herederos, perecian con él los legados, a lo ménos ántes de su igualacion con los fideicomisos. Por otra parte, la porcion que acrecia entre coasignatarios *re non verbis*, no llevaba

consigo los legados o cargas, a diferencia de la que acrecia entre coasignatarios *re et verbis*, que llevaba consigo las cargas, pero no podia separadamente repudiarse. Todos estos medios de obviar el inconveniente indicado faltan en el proyecto, i parece necesario suplirlos de algun modo.

El fin que debemos proponernos, es llenar del modo posible la voluntad del testador, que, juzgando por el tenor de la disposicion, ha sido imponer ciertos gravámenes sobre cierta parte de los bienes exclusivamente, eximiendo de ellos las otras. Cuando se dejan a un mismo asignatario dos objetos, el uno libre i el otro excesivamente gravado, parece natural suponer que el testador ha querido compensar el uno con el otro, i está en razon que el asignatario no tenga la libertad de aceptar separadamente el uno de ellos. Pero no hai la misma razon cuando los dos objetos se dejan a distintas personas, i por algun accidente vienen a recaer en una sola. ¿Qué se hará, pues, en este caso? La regla que nos ocurre es la siguiente, que pudiera añadirse, como un inciso, al artículo 12:

«Si pareciendo demasiado gravada una asignacion, la repudiaren todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la lei, se deferirá a las personas a cuyo favor se han impuesto los gravámenes, las cuales la dividirán entre sí a prorrata de sus respectivos derechos.»

Este medio nos parece mas equitativo i mas conforme a la voluntad expresa del testador, que los del derecho romano. Lo sometemos al juicio de los intelijentes, i en particular al de U. P. D. I.

Somos enteramente de la opinion de nuestro corresponsal en cuanto al inciso 2.° del artículo 1.°, título 5.° La enumeracion de los varios modos en que puede faltar un asignatario, es innecesaria; i si en alguna parte debe hacerse, es donde se habla de esta falta por la primera vez.

Los raciocinios de U. P. D. I. sobre el inciso 2.° del artículo 8 de este mismo título, ruedan sobre un concepto equivocado. El artículo entero dice así:

«Los descendientes lejítimos del asignatario, segun el órden i reglas de la sucesion intestada, se entienden sustituidos al

asignatario en todas las donaciones revocables, herencias i legados del ascendiente comun; salvo que el dicho ascendiente haya manifestado voluntad contraria.

«La sustitucion tácita de los descendientes lejítimos del asignatario excluye la sustitucion expresa a favor de cualquiera persona que no sea del número de los descendientes lejítimos del testador; pero es excluida por la sustitucion expresa a favor de cualquiera de éstos.

«La misma regla se aplica a los descendientes naturales de la mujer, cuando ésta fallece sin descendencia lejítima.»

¿Dónde se habla de *sustitucion tácita* en el proyecto? pregunta U. P. D. I. En el inciso precedente de este mismo artículo, respondemos. ¿No dice el inciso primero que los descendientes lejitimos del asignatario se entienden sustituidos al asignatario en todas las disposiciones testamentarias del ascendiente comun? I una sustitucion que *se entiende*, ¿qué es, sino una sustitucion tácita? I si no se hablase en el segundo inciso de la sustitucion explicada en el primero, ¿qué conexion tendrian entre sí para componer entre los dos un solo artículo?

Cuando el testador dice: «sea Pedro heredero o legatario de cierta parte de mis bienes, i si falta Pedro, séalo Juan,» la disposicion puede estar contenida o nó en el artículo. Si Pedro es descendiente lejítimo del testador, los descendientes lejítimos de Pedro, se entienden sustituidos; si Pedro no es tal descendiente, no hai tal sustitucion tácita. Esta disposicion no es peculiar del proyecto: existe en nuestras leyes actuales; i no ha parecido que habia motivo de desecharla. Si Pedro es hijo del testador, la presuncion de que éste ha querido extender a los hijos de Pedro, que son nietos suyos, el beneficio de la disposicion, prefiriéndolos al sustituto expreso Juan, que no es del número de sus descendientes, es tan natural, tan verosímil, tan fuerte, que la lei no puede ménos de admitirla.

El autor del remitido ha dado, pues, al inciso segundo una extension indebida. Si se deja una herencia o legado a un extraño, i éste fallece en vida del testador, sus hijos no tienen derecho alguno a la tal herencia o legado: sobre este punto se

hallan enteramente de acuerdo la comision i U. P. D. I.; i las observaciones que se acumulan en esta parte del remitido para impugnar el inciso, no tienen nada que ver con la disposicion contenida en él.

Sin embargo, la inadvertencia en que ha incurrido una razon tan perspicaz i tan cultivada, como la de nuestro corresponsal, es para nosotros un aviso de que talvez falte algo para que, segun el precepto de Quintiliano, no solo sea intelijible la redaccion, sino que no sea posible dejar de entenderla. Poniendo *esta* en lugar de *la* al principio del inciso, nos parece que le daremos toda la claridad que puede apetecerse.

DÉCIMO REMITIDO

Título 7.°, artículo 50: «Si la especie legada ha pasado al dominio del legatario ántes de la delacion del legado, no se le deberá su valor, etcétera». Nosotros suprimiríamos las palabras «ántes de la delacion del legado», no por inútiles, sino por perjudiciales, suponiendo que haya querido conservarse lo que las leyes romanas i españolas disponen sobre el particular. La decision de un caso por estas leyes i el proyecto hará ver la desemejanza que hai entre éste i aquéllas. Supongamos que Pedro muere legándome la casa de Juan, i que en seguida éste me da esa misma casa. ¿Tengo derecho a pedir su valor por el testamento de Pedro? Por las leyes romanas, no lo tengo, párrafo 6, institucion de legatario; por las españolas tampoco, lei 43, título 9.° *Partida* 6.ª; pero sí por el proyecto como lo demostraremos. Para que el legatario que adquiere la especie legada por título lucrativo no tenga derecho al precio de ella, la adquisicion debe haber sido ántes de la delacion del legado. En el ejemplo propuesto, la adquisicion ha sido despues de la delacion del legado; luego el legatario tiene derecho al precio de la especie legada.

No manifestaremos las razones en que creemos se funda la anterior disposicion del derecho romano repetida en el nuestro, porque no sabemos si la comision ha tenido ánimo de dero-

garla; si no lo ha tenido, todo lo que dijéramos en defensa de la lei romana sería perder tiempo.

Título 8.° artículo 5: «La lejítima rigorosa es la mitad de todos los bienes.» Hé aquí la lei que mas nos desagrada de cuantas nos han desagradado en el proyecto. Siempre habíamos creído que, si nuestras leyes pedian reforma en este punto, era restrinjiendo la facultad de testar en algunas personas. Confesamos, desde luego, que esta opinion no está en armonía con las ideas reinantes; pero pedimos no se nos condene ántes de oírnos.

Acerca de la mayor o menor amplitud de la facultad de testar, se presentan dos principios que en cierto modo parecen contradecirse. Primero, la naturaleza misma nos inspira la obligacion que tenemos de dejar algo de nuestros bienes a nuestros descendientes i en defecto de éstos a nuestros ascendientes. De aquí el haberse convertido este precepto natural en una obligacion perfecta en las lejislaciones mas célebres. De aquí el celo espontáneo con que, aun sin pensarlo, reprobaríamos la conducta de un padre que sin motivo desheredase a un hijo; i la de un hijo que, pasando en silencio a su padre, dejase sus bienes a un extraño. Segundo, admitido que la testamentifaccion sea de derecho natural, parece que la libre facultad de disponer de nuestros bienes es una recompensa justamente concedida al trabajo que hemos tenido en adquirirlos. De aquí el que por regla jeneral sea permitido a todo hombre disponer libremente de sus bienes, i el que aun aquellas personas a quienes por justas consideraciones se limita la facultad de testar conserven siempre el derecho de disponer como quieran de alguna porcion de su herencia.

Pero ¿hasta qué punto debe seguirse cada uno de estos principios de modo que no se contravenga al otro? ¿Cómo deben conciliarse para que la balanza no se incline a un lado mas que al otro? ¿Cuánta debe ser la lejítima de los descendientes o ascendientes en virtud del primer principio, i cuál la porcion de que pueda testarse libremente en conformidad con el segundo? Hé aquí la verdadera dificultad, el problema que cada uno resuelve segun su modo de ver. Unos creen que la

lejítima total de los hijos debe aumentar o disminuir a proporcion del número de ellos; así las leyes romanas, las nuestras de *Partida*, i el *Código Civil* frances; otros, que debe ser una misma sea cual fuere el número de los hijos; así nuestro derecho actual i el proyecto. Consideradas estas dos opiniones en abstracto, parece fuera de toda duda que la justicia se decide por la primera. ¿Cómo ha de ser justo que un padre que tiene diez o doce hijos, pueda disponer de tanta parte de sus bienes, como el que solo tiene dos o tres? ¿No es verdad que lo que fuera mucho en el primer caso no lo sería en el segundo? ¿No es mas poder disponer de la cuarta parte de sus bienes el padre que tiene ocho hijos, que poder disponer de la mitad el que no tiene mas que uno? En el primer caso, ven los hijos que en la herencia de su padre corresponde a un extraño una porcion superior en mas del duplo a la de cualquiera de ellos; en el segundo, el hijo no es de inferior condicion al extraño.

Por otra parte, parece que, aumentándose el número de individuos a quienes hemos dado el sér, se aumenta el de nuestras obligaciones. El que ha dado la existencia a cuatro hijos, por ejemplo, no tiene los mismos deberes que llenar a este respecto, que el que la ha dado solamente a uno. El padre a quien le nace un nuevo hijo, contrae desde entónces una obligacion que ántes no tenia; hai una persona mas, cuya felicidad debe promover i cuya existencia debe conservar. La naturaleza misma le dicta el deber en que se encuentra de consumar i llevar a su perfeccion la obra que ha empezado; i esto, sin que su nueva obligacion debilite ni disminuya en lo menor las que le ligaban de antemano con los hijos anteriores. Ahora bien, si el número de las obligaciones de un padre en su carácter de tal, es mayor o menor segun lo es el de los hijos que tienen derecho para exijir el cumplimiento de ellas, ¿qué razon hai para apartarse de esta regla en caso de muerte? ¿Son acaso entónces los hijos ménos acreedores al amor i proteccion del padre? Bien léjos de esto: hasta ese momento, han contado con los auxilios que podian prometerles la persona i bienes del padre; desde entónces van a verse privados del primero i talvez mas poderoso de estos dos recursos.

De lo que llevamos dicho hasta aquí, no se infiera que, en nuestra opinion, la lejítima total de los hijos debe estar en razon directa del número de ellos. Esta regla, llevada a un extremo, reduciria en algunos casos a casi nada la cuota disponible que debe dejarse al testador. Si es justo que la lei vele por los intereses de los hijos, no permitiendo al padre disponer caprichosamente de una parte considerable de su patrimonio, tambien lo es que no le coarte demasiado la facultad de testar. Lo que queremos, es que el número de hijos sea una de las consideraciones principales que entren en la mente del lejislador al designar la parte que debe corresponderles en la herencia paterna; en suma, queremos que se imite en abstracto el ejemplo de las leyes romanas i francesas. Esto parece conciliar la libertad moderada a que debe aspirar el padre, con las expectativas racionales que pueden haber formado los hijos.

Pero, aun suponiendo admitido el principio de que la porcion disponible que debe dejarse al padre haya de estar hasta cierto grado en razon inversa del número de los hijos, resta todavía determinar en concreto qué cantidad sea esa, i no es este el problema mas fácil de resolver; pues es mui probable que aun los que estén acordes en admitir el principio, no lo estén al tratarse de la aplicacion de él: por ejemplo, el derecho romano, el civil frances i nosotros lo admitimos; i sin embargo, una regla da el primero, otra el segundo, i otra propondremos nosotros por no parecernos bien ninguna de las dos anteriores. Para nuestro raciocinio en esta materia, nos servirá de base el principio siguiente: es justo que un padre pueda testar con libertad de aquella parte de sus bienes que probablemente necesite, ya para disponer en beneficio de su alma, ya para premiar los servicios de un hijo o de un extraño, ya para fomentar un establecimiento de utilidad pública, ya, si se quiere, para disponer de ella a su antojo. Todo lo que sea separarse de esta regla, es, en nuestro concepto, o restrinjir demasiado los derechos del padre, o ensancharlos en perjuicio de los hijos. Habrá casos, no hai duda, en que no baste al padre para los objetos indicados, u otros muchos que puede

haber, la cantidad de que la lei le permite testar, así como habrá otros tambien en que no necesite disponer de parte alguna de sus bienes; pero, no siendo posible establecer una regla para cada testamento, será mejor aquélla que sea mas adecuada al mayor número de ellos.

Dijimos al principio que nuestras leyes no necesitan reforma sobre esta materia, o si la necesitan es en un sentido inverso a la que han recibido por el proyecto. Fundaremos las dos partes de esta disyuntiva ántes de proponer la regla que creemos convendria adoptar; porque, si alguna de ellas es falsa, sobre todo la segunda, nuestra crítica es injusta, i nada valdrian las razones en que la apoyemos. Segun las citadas leyes son lejítimas de los hijos los cuatro quintos de los bienes del padre, el cual puede disponer del tercio de esos cuatro quintos o del tercio de toda la masa hereditaria en favor de cualquiera de sus descendientes. En favor de esta disposicion, encontramos lo proporcionado de la cuota de que permite testar libremente al padre; i por esta parte, no la creemos digna de urjente reforma. Pero, por otra, notamos en ella los defectos siguientes: 1.° ser una misma, en todo caso, la lejítima total de los hijos; del quinto de sus bienes, puede disponer el padre que tiene un hijo; del quinto de sus bienes, puede disponer el padre que tiene diez, doce o mas hijos; 2.° por ella, tiene ménos libertad para testar el padre de un hijo que el de dos o mas, cuando parece que debiera ser al contrario; en el primer caso, el padre solo puede disponer del quinto, miéntras que en el segundo puede testar tambien del tercio; i aunque esto haya de ser por necesidad en beneficio de alguno o algunos de sus descendientes, no quita que su libertad sea mayor; a lo que se agrega que, para el hijo o hijos privados de ese tercio, es lo mismo que si se hubiera dado a un extraño; i 3.° en virtud de ella, puede haber casi siempre una desproporcion enorme entre la cuota hereditaria de uno de los hijos i las de los demas: como ellos no pasen de dieziseis, lo que rarísima vez sucederá, el padre puede, si quiere, hacer que la porcion de uno de ellos sea igual o mayor que la de todos los otros juntos. Supongamos que un padre deja sesenta mil pesos i diezi-

seis hijos, mejorando a uno de ellos en tercio i quinto; éste, solo por razon de mejoras, tomará veintiocho mil pesos, que juntos con dos mil, lejítima de cada hijo, componen la suma de treinta mil pesos, mitad de todo el patrimonio paterno; de lo que se sigue que uno solo de los hijos toma tanto como todos los otros quince juntos, i que la porcion de cada uno de éstos es a la de aquél como dos a treinta.

No se diga que rara vez se presentará un caso como el de que acabamos de hablar, pues los hijos tienen en el corazon de los padres la mejor garantía contra toda arbitrariedad. Esto es una verdad; pero tambien lo es que no hai necesidad de que los hijos, ni aun en esos raros casos, sean víctimas de una parcialidad infundada. Ademas, ¡cuántas veces sucederá que una disposicion de esa naturaleza no provenga de afecto u odio hacia alguno o algunos de los hijos, sino de sujestiones a las cuales el padre no pueda o no crea conveniente resistir! Notorio es el afecto que por lo comun tienen a su última mujer los que han sido casados mas de una vez; i notorio tambien que, quizá sin motivo alguno, suelen mejorar a los hijos de ésta en todo aquello que la lei les permite. De lo dicho se sigue que una mejora inmerecida podrá tener por causa, no solo un capricho del padre, lo que es poco de temer, sino tambien varias otras. Pero, sean las que fueren, no debiendo dejarse la regulacion de la lejítima a la decision de cada individuo, i habiéndose de tomar por lo mismo alguna medida, creemos que debe adoptarse aquélla que prevea mayor número de casos, que evite mayor cantidad de males, i que esté expuesta a ménos inconvenientes.

I bien, ¿la regla establecida en el proyecto llena todos estos requisitos? ¿remedia todos los males que nuestra disposicion actual es capaz de producir? ¿la innovacion que hace en ésta es la que se necesita? Veámoslo. Por el artículo 5 del título 8.° citado, la lejítima rigorosa es la mitad de todos los bienes. Hemos expuesto las razones que tenemos para creer que el lejislador debe tener presente el número de lejitimarios al señalar la lejítima; ¿para qué repetirlas? Hemos enunciado los motivos por los cuales sería conveniente para los hijos, sin ser

perjudicial para el padre, el que éste no pudiera testar de una parte tan considerable de su patrimonio; ¿para qué reproducirlos? Basta decir que estos mismos dos defectos que encontramos en la lei vijente, los notamos, i en mayor grado, en el citado artículo. Por él, puede un padre, no en algunos casos, sino siempre que quiera, dar a uno de sus hijos tanta parte en la herencia, como a todos los demas juntos; i lo que es mas, no solo a uno de los hijos, sino tambien a un extraño.

Mas, no nos desentendamos de los argumentos que se hacen, no solo en favor de la mitad libre, sino tambien en contra de la institucion de las lejítimas. Se dice que el beneficio que deben los hijos alguna vez a la intervencion del lejislador es mas que contrapesado por la relajacion que ocasiona en la disciplina doméstica; consecuencia necesaria del derecho perfecto de los hijos sobre casi todos los bienes del padre. ¿Pudiera hablarse de otro modo en un país en que no hubiera conocimiento práctico de los resultados de las lejítimas? creemos que nó; i aun en esa hipótesis, reprobaríamos el que se sentase como consecuencia de una demostracion matemática lo que no sería ni podria ser mas que un efecto de presunciones i conjeturas mas o ménos fuertes o probables. Pero, en Chile, donde es un hecho que los hijos tienen ese derecho perfecto sobre casi todos los bienes del padre, donde a pesar de esto no se observa relajacion en la disciplina doméstica, a lo ménos si no estamos ciegos para ver lo que pasa al rededor nuestro, donde se ven existir sin contradecirse las lejítimas i el buen órden en las familias, ¿cómo se asegura que la relajacion de la disciplina doméstica es consecuencia necesaria de eso derecho? ¿qué consecuencia necesaria es esta que no acompaña siempre a su antecedente? En verdad que no lo entendemos.

No solamente la experiencia nos convence de la falsedad de esa proposicion, sino tambien el raciocinio. Pudiera tener lugar ese temor, si la lei, cualquiera que fuese la conducta del hijo, obligara al padre a darle parte en la herencia; pero ¿no es verdad que le permite desheredarlo en algunos casos? ¿Cuáles son éstos? Precisamente aquéllos en que una manifestacion de ingratitud, una insubordinacion, una inobediencia en ma-

toria grave, en jeneral, un acto subversivo de la moral de las familias, lo haga indigno del beneficio de la lei. Ella preve todos o casi todos los casos en que sería mortificante para un padre ver participar de su herencia a un hijo ingrato; i en todos ellos lo faculta para desheredarlo, imponiéndole la obligacion de instituirlo en el caso solo de no haber motivo racional para la exclusion. De este modo, ¿no se concilia perfectamente el derecho del padre a la sumision i respeto de los hijos, con el de éstos a alguna parte de la herencia de aquél? ¿No es este un excelente medio para conservar a los padres la venerable judicatura que la naturaleza les confiere? ¿No desempeñan éstos hasta cierto punto las funciones de jueces, castigando la falta de un hijo con la pérdida de la lejítima, i premiando las virtudes de otro con dejarle mas de aquello a que tiene derecho perfecto?

Hemos dicho que, solo en el caso de que los padres carecieran de la facultad de desheredar, pudiera tener lugar el temor de relajacion en la disciplina doméstica; i como no nos gusta dejar sin prueba aquellas proposiciones sobre cuya verdad pueda haber alguna duda, diremos en qué nos fundamos para expresarnos así. No es el interes pecuniario el único móvil de las acciones del hombre: hai algunas que parten de un principio mas noble, que son producidas por un resorte talvez mas poderoso, el amor. Entre éstas, ocupan un lugar mui preferente aquéllas por las cuales procuramos apartar de nuestros padres todo mal i proporcionarles todo bien; en tanto grado, que no nos parece exajeracion decir que, por un hijo a quien sirve de freno el temor de perder la lejítima, diez cumplen con sus deberes sin acordarse de ella. Síguese de lo dicho, como consecuencia mui clara i lejítima, que de once casos en que se conserve la moral doméstica, solo uno es producido por el interes, los diez restantes lo son por una causa que nada tiene que ver con él. Infiérese asimismo que solo hubiera un onceavo de probabilidad en contra de la conservacion de la disciplina doméstica, aun en la hipótesis de ser desconocida la desheredacion. Pero como, aunque difícil, no es imposible que haya hijos en quienes pueda mas el interes que el amor filial,

aprobamos en nuestra lejislacion, i aprobaremos en todas, la desheredacion de los hijos en ciertos casos de ingratitud.

Entre las lejítimas, se cita tambien el ejemplo de Roma, en la cual, segun se dice, no fueron conocidas miéntras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres i severa la disciplina doméstica. Pero, ¿qué se infiere de este hecho sin aplicacion alguna? Hubo época en Roma en que las lejítimas fueron desconocidas, i ¿qué resultó? ¿Se conoció que la intervencion de la lei era necesaria, o se tuvo por superflua? Para que el argumento tuviera alguna fuerza, debiera decirse: cuando las lejítimas fueron desconocidas en Roma, los padres suplian la omision de la lei; i sin mas precepto que escuchar la voz de la naturaleza, cumplian con los deberes, que ésta les impone. Entónces sí hubiera podido decirse, como consecuencia a lo ménos probable, que la intervencion de la lei es innecesaria. Pero esto no se dijo ni pudo decirse; pues si no nos engañamos, la historia del derecho romano sobre las lejítimas es la mejor apolojía que puede hacerse de ellas. Hablemos, aunque sea lijeramente, sobre este apoyo de nuestra opinion.

Desde la fundacion de Roma hasta la promulgacion de las leyes de las *Doce Tablas*, esto es, por el espacio de mas de trescientos años, no solo tenian los hijos derecho a cierta porcion de los bienes del padre, sino a todos ellos. Careciendo los romanos de la facultad de testar, a no ser que el pueblo aprobara un testamento en que se faltaba al órden de suceder establecido por las leyes, se seguia que, al tiempo de la muerte del padre, le sucedian precisamente sus hijos segun las reglas de la sucesion ab intestato. Mala disposicion i digna de reforma por cierto, pero la que recibió por el código citado ¿era la que convenia? No habiendo medio mejor para juzgar de una lei, que atender a sus resultados en la práctica, los que produjo la lei de las *Doce Tablas* responderán a la anterior pregunta. Era un principio sancionado en la *Tabla Quinta*, que se respetase como lei la disposicion de un padre de familia acerca de su patrimonio. Hé aquí una lei tal cual parece desearla nuestro ilustrado contendor. Ya los romanos gozan de la fa-

cultad de testar; ya pasaron repentinamente de la mas absoluta prohibicion a la mas ilimitada libertad; ya el padre, que ántes tenia por herederos forzosos a sus hijos i que por su sola voluntad no podia disponer ni de la centésima parte de sus bienes en favor de un extraño, ya ese padre, repetimos, no tiene obligacion de reservar ni aun esa pequeña parte en beneficio de sus hijos. Pero el abuso que se hizo de un poder tan amplio, bien pronto manifestó de lo que es capaz el hombre abandonado a sí mismo: hizo ver la necesidad que hai de que la lei civil venga en auxilio de la natural i la corrobore. Los testamentos de los padres en que instituian herederos extraños sin hacer mencion de sus hijos, o desheredándolos sin alegar motivo justo, obligaron a los pretores a mirar por el bien de éstos; mas, no estando en sus atribuciones derogar la lei civil, no pudieron instituir las lejítimas, sino que recurrieron a una ficcion; lo que era su remedio favorito para derogar las leyes, cuando la equidad lo exijia. En beneficio de los hijos injustamente desheredados o pasados en silencio, introdujeron la querella de testamento inoficioso, que consistia en suponer que el padre habia muerto fuera de su juicio por haber faltado en el testamento a sus obligaciones naturales; i siendo nulo el testamento otorgado por un loco, claro es que lo era el del padre en los casos indicados, sucediéndole, por consiguiente, sus hijos, segun las reglas de la sucesion intestada.

Ni las leyes romanas ni los expositores de ellas dicen que esta medida fuese ineficaz, ni que los pretores dejasen de conseguir su intento. Veamos ahora cuáles son las consecuencias que naturalmente fluyen de estos hechos. Del mal uso que los padres hicieron de la referida lei de las *Doce Tablas*, ¿no podemos deducir que el lejislador no debe descansar en los sentimientos naturales de ella? ¿que, si bien el amor paterno es la mejor, con todo, no es la única garantía de los hijos? De la introduccion i efectos de la querella de testamento inoficioso, ¿no podremos inferir que, si aquel sentimiento llega alguna vez a extinguirse, la lei puede suplirlo de algun modo? ¿que las restricciones legales sirven, cuando pasiones depravadas nos hacen olvidar lo que debemos a aquéllos a quienes hemos trasmitido el sér?

No vale decir que las lejítimas fueron desconocidas en Roma, miéntras los romanos fueron virtuosos; pues, como se conociese la querella de inoficioso, esto basta para nuestro intento. Pero, aun concediendo que no fueran conocidas aquéllas ni ésta, i que los padres por sí solos, sin necesidad de precepto legal, hubieran reservado alguna parte de sus bienes para sus hijos, preguntemos: ¿debe el lejislador confiar en la virtud de aquéllos para quienes hace leyes? Si así fuera, todos los códigos estuvieran de mas; i creemos que habria bastante con el sencillísimo en que está contenida la lei de Dios. Pero, lo cierto es que el ejemplo de Roma nos hace ver que no debe partirse de igual principio. ¿Qué hubieran perdido los romanos con que las leyes de las *Doce Tablas*, que permitieron testar, sin obtener el consentimiento del pueblo, hubieran instituido al mismo tiempo las lejítimas? Nada. Al contrario, se hubiera evitado el tener que dictar despues una lei acerca de ellas, como tambien los perjuicios que sufrieron los hijos en quienes se conoció la existencia del mal i la necesidad del remedio. Miéntras los romanos fueron virtuosos, la lei hubiera sido probablemente inútil; mas, luego que dejaron de serlo, ella hubiera producido todos sus benéficos resultados.

Para completar el lijero resúmen de la historia del derecho romano sobre lejítimas, nos falta decir que las leyes romanas las admitieron al fin; perteneciendo a ellos la cuarta parte de los bienes del testador o intestado. Mas, en el capítulo 1.° de la *novela* 18, dispuso Justiniano, en favor de los descendientes, que, si éstos eran cinco o mas la lejítima total comprendiese la mitad de los bienes del padre; i el tercio, si eran cuatro o ménos.

Otro de los principales argumentos que se hacen contra la porcion lejítima, es, a juicio nuestro, una de las razones mas poderosas que pueden citarse en favor de ella. Trataremos de presentarlo con toda claridad i fuerza, pero con brevedad; i despues lo haremos servir a nuestras miras. Se dice que los hijos no necesitan este beneficio de la lei, porque la voz de la naturaleza, bastante enérjica de por sí en el corazon de los

padres, será un peso casi irresistible que inclinará la balanza en favor de aquéllos. I entónces ¿para qué intervenir el lejislador ordenando actos que sin su precepto se ejecutarian? Si instituye las lejítimas, no favorece a los hijos, porque sin esa institucion las tendrian; al paso que perjudica a los padres, pues ese derecho perfecto de los hijos relajará la disciplina doméstica. Si no las instituye, no perjudica a los hijos, porque sin necesidad del precepto legal tendrán parte en la herencia paterna; al mismo tiempo que favorece a los padres, porque la facultad de disponer libremente de sus bienes es un medio mui poderoso i eficaz para contener a los hijos en los límites del deber i conservar la moralidad de las familias. Ahora, si de instituir las lejítimas no resulta bien, sino mal; si por el contrario, de no instituirlas no resulta mal, sino bien; si todo lejislador debe proponerse aumentar la suma de goces o bienes i disminuir la de padecimientos o males, es claro que, en un buen sistema de leyes, no deben tener cabida las lejítimas.

No sabemos si habremos acertado a presentar este argumento con toda la fuerza de que es susceptible; pero, sea de esto lo que fuere, lo encontramos mas especioso que sólido. Probar que la institucion de las lejítimas no relaja la disciplina doméstica, con tal que los padres tengan la facultad de desheredar, hacer ver que éstos, no solo usan, sino que abusan de la libre facultad de testar cuando la lei se la concede, sería reproducir en gran parte lo que hemos dicho en los incisos anteriores en que hemos tratado ex profeso de estos dos puntos; por lo cual, nos referimos a ellos. Réstanos aplicar ese argumento en favor de las lejítimas.

Toda la base sobre que descansa ese edificio, el muelle real que da movimiento a esa máquina, es el afecto paterno. Pues bien, nosotros partiendo del mismo principio, vamos a demostrar que en un buen código deben las lejítimas ocupar un lugar distinguido, para lo cual formamos el siguiente dilema: o todos los padres seguirán en sus testamentos los impulsos de la naturaleza o nó. Si lo primero, la lei que instituye las lejítimas no es perjudicial, sino superflua; porque ¿en qué me

perjudica una lei que me manda hacer lo que yo haria sin su mandato? ¿Podrá serme penoso el cumplimiento de una obligacion tan conforme con mis inclinaciones naturales? Si lo segundo, la lei es útil, es necesaria. Nadie dudará que, si alguna vez existe un padre desnaturalizado, a la lei incumbe contenerlo en la senda del deber; ni ménos podrá negarse que, por desgracia, hai padres de esa condicion. I bien, ¿qué nos dicta el buen sentido acerca de una lei que, si en algunos casos es innecesaria, en otros es de necesidad evidente? ¿Qué dice el principio de utilidad a un lejislador sobre una lei que nunca trae males, i algunas veces produce bienes? Resulta de lo dicho que, si el padre tiene afecto a sus hijos, debe existir la lei, porque no le perjudica; si no les tiene afecto, debe existir la lei para hacerle cumplir con una obligacion a que de otro modo faltaria.

Concluiremos redactando el artículo sobre lejítimas en la forma siguiente: «El padre podrá disponer de la mitad de sus bienes, si al tiempo de su muerte solo tiene un hijo; de la tercera parte, si tiene dos; de la cuarta parte, si tiene tres; de la quinta parte, si tiene cuatro o mas. El hijo podrá testar de la mitad de sus bienes, si solo deja ascendientes en una línea; i de la tercera parte, si deja ascendientes en las dos líneas.» Bien se ve que esta regla es la misma del *Código Civil* frances con una lijera modificacion en favor de los lejitimarios.

Mucho nos hemos extendido; mucho mas hemos cercenado, ya porque las materias de derecho son de suyo áridas, principalmente cuando se las trata en un estilo desaliñado, ya porque pensamos tener ocasion de tocar otra vez este asunto.

U. P. D. I.

(*Araucano*, años de 1842 i 1843.)

EL PRESIDIO AMBULANTE

Por grandes que hayan sido los aumentos de nuestras rentas públicas desde que terminaron las contiendas interiores i externas, se consolidó el órden i pudo arreglarse la hacienda, está a la vista de todos que semejantes aumentos debian ser absorbidos por los empeños i responsabilidades que habian producido aquellas contiendas, i principalmente por el incremento de gastos que necesitaba el establecimiento i conservacion de un estado soberano, respecto a su antiguo sér de colonia, gobernada, defendida i representada entónces por autoridades extrañas. Se equivocan, por lo tanto, los que, no haciéndose cargo de tan esencial diferencia, pretenden que el millon i medio de chilenos ha podido ser gobernado al mismo costo o con pequeño aumento bajo el antiguo i nuevo réjimen, o lo que es equivalente, que no se necesitaban, en gran parte, los nuevos empleos i los nuevos establecimientos nacidos con la independencia, con el sistema representativo, i con el incremento de atenciones que exijen los adelantamientos en la industria i el comercio, la instruccion pública, las mejoras en la administracion de justicia i el fomento de todos los ramos que contribuyen a la prosperidad comun.

Léjos de considerar, por nuestra parte, que haya habido prodigalidad en la creacion de empleos o sus respectivas dotaciones, estamos, por el contrario, persuadidos de que puede citarse jeneralmente a este país, como uno de los mas económicos i arreglados, sin que falten numerosos casos en que

semejantes economías se hayan llevado a un extremo perjudicial al servicio público o a los intereses nacionales bien entendidos. No nos detendremos, para corroborar esta verdad, en las dotaciones de los jueces, cuya insuficiencia ha sido demostrada repetidas veces en los debates lejislativos; ni en la de la mayor parte de los intendentes, cuyas vacantes se han hecho tan difíciles de proveer; ni en tantos otros destinos, que reclaman aptitudes sobresalientes, o asidua contraccion, conciliables únicamente con mayores dotaciones, que las que poseen en la actualidad, i que deben ser revisadas desde luego. Los establecimientos públicos que rigorosamente, i atendidas nuestras circunstancias, faltan todavía entre nosotros, i los existentes que deberian mejorarse o ensancharse, exijirian oportunamente un aumento de gastos considerable, delante del cual ha debido pausar el gobierno, aguardando el efecto de las mejoras emprendidas en la administracion económica de cada una de las rentas públicas, segun lo hemos indicado en nuestro número anterior.

Ha debido, pues, limitarse prudentemente el gobierno a aquellas reformas o creaciones mas urjentes que no demanden gastos de mayor consideracion, o que sean compatibles con las dotaciones existentes. Entre estas reformas, una de las que saltan mas a la vista, por sus muchos inconvenientes i hasta por su insuficiencia, respecto del fin que deberia llenar, es la del presidio ambulante en el camino de Valparaíso. Establecido en lugar de los de Juan Fernández i Valdivia del antiguo réjimen, que, como es notorio, se hallaban sujetos a repetidas evasiones, rebeliones i escenas sangrientas, era natural que se pensase en proveer a la mayor seguridad de los criminales, trayéndolos mas cerca i destinándolos a un jénero de trabajo que codiese en beneficio público i en el que pudiesen ser continuamente vijilados. Mas bastó la experiencia de los primeros tiempos de aquel nuevo establecimiento, para que se reconociese desde luego que adolecia de los mismos defectos del antiguo, i aun talvez de mayores vicios. Las evasiones fueron todavía mas frecuentes, a pesar de la mayor estrictez i severidad de réjimen i disciplina, esparciéndose fácilmente en las

poblaciones i los campos multitud de criminales incorrejibles o consuetudinarios, con grave daño de la moral i seguridad pública. Tampoco fueron raras las rebeliones apaciguadas o sofocadas a costa de castigos severos entre los criminales, de la muerte de muchos de ellos, i aun del sacrificio de varias víctimas del deber entre los que los custodiaban. Ni podia ser de otro modo, cuando la desesperacion de un estrechísimo i duro encierro i el contacto inmediato entre los presos debian dar oríjen a las tramas i a todo jénero de vicios e inmoralidades, que se escapan a la mas estricta vijilancia, o que a las veces son excitados mas bien por el despecho que ocasiona su misma severidad. De esto, tenemos un ejemplo práctico en la ocurrencia lamentable del año pasado acaecida en los carros, la que por sus graves circunstancias debe estar fresca en la memoria de nuestros lectores. En fin, bastaria a cualquiera, por poco humano i sensible que fuese, el acercarse a aquellas jaulas ambulantes en que centenares de hombres yacen apiñados i aherrojados, sufriendo en pleno aire los rigores de las estaciones i los de una estricta i continua vijilancia, para que desechase con indignacion un castigo tan cruel e ineficaz al mismo tiempo, tan dispendioso, i del que la sociedad no deriva el menor provecho.

Así tambien el gobierno, desde mas de un año a esta parte, no ha perdido tiempo en meditar sobre la materia, i en dar pasos preliminares e indagatorios para formar un nuevo establecimiento, que, sin los inconvenientes del presidio ambulante, pudiese llenar, en cuanto fuese posible, los objetos de la justicia, combinados con la humanidad del trato i la mejora moral i social de los delincuentes. Desechada la idea del restablecimiento del presidio de Juan Fernández, aun con mayores seguridades i bajo un réjimen diferente del antiguo, por su falta de extension i comodidad para la labranza i otros trabajos en que podria interesarse a los presidarios, i por lo dispendioso que sería, durante los primeros años al ménos, debia elejir el gobierno entre una penitenciaria o casa de correccion, bajo el mismo método i reglas de las que existen en los Estados Unidos, i que parecen haber llegado a la perfeccion en esta

línea, o proporcionar una isla o punto aislado en el territorio de la república, a donde pudiesen trasladarse desde luego los delincuentes i encontrar al mismo tiempo abundantes i fáciles medios de trabajo para subvenir a sus necesidades, i aun para ligarlos al suelo en adelante, con el estímulo del lucro i otras comodidades.

Pero el establecimiento de una o unas penitenciarias ofrecia dificultades, demoras i gastos de consideracion, que solo podrán vencerse en el curso de los años, o cuando lo permitan los adelantamientos de las rentas i de varios conocimientos profesionales que suponen semejantes establecimientos. Era, pues, mas pronto, practicable i acomodado a nuestras circunstancias el segundo arbitrio; i con la mira de realizarlo, la isla de la Mocha fué prolijamente explorada por órden del gobierno. Encontráronse en ella, entre otras conveniencias, un clima favorable, i abundancia de pastos, aguas i leñas; pero los terrenos cultivables son estrechos o escasos, i la proximidad de la isla al continente, que se juzgaba ántes ventajosa, para que ésta fuese auxiliada con frecuencia, ofrecia, por otra parte, el inconveniente mayor de facilitar las evasiones de los presidarios, que, pasando al territorio ocupado por los indíjenas i unidos con ellos, podrian cometer depredaciones de un carácter alarmante.

Aun sin abandonar del todo la idea del establecimiento en la Mocha, extendió el gobierno sus miras a alguna de las numerosas islas de Chiloé; i ahora felizmente aparece allanado el camino de las dificultades con los informes suministrados por el nuevo intendente de aquella provincia, acerca de un punto extenso en la isla principal, i separado de ella por montañas i bosques inaccesibles. El mismo intendente ha llevado las instrucciones necesarias para completar sus informes, i aun para emprender los trabajos preliminares, en caso de que el punto indicado llene, como se espera, todas las condiciones deseadas.

Fundados, por último, en tan justas esperanzas, i principalmente en el vivo interes que tiene el gobierno en la mejora que nos ocupa, creemos mui cercana la época de su realizacion

sobre una base de órden i economía, igualmente benéficos para el erario, como para los fines de la justicia, i el consiguiente adelantamiento en la moral i las costumbres del pueblo. Nos reservamos desenvolver el plan del supremo gobierno en esta parte, para cuando lleguen los informes a que hemos aludido ántes, i que esperamos nos pongan en estado de dar una idea algo extensa de los trabajos emprendidos, o que a la sazon hubiere decretado el gobierno.

(*Araucano*, año de 1842.)



LA ALCABALA DE CENSOS

La intelijencia del artículo 6 de la lei de 17 de marzo de 1835 ha dividido las opiniones de las dos cámaras de nuestro congreso, relativamente a la alcabala de censos; i confesando desde luego que nuestro modo de pensar tiene en su contra dos votos de la mas alta respetabilidad en el foro, nos atrevemos a sostenerlo, porque lo creemos apoyado en razones incontrovertibles.

El artículo 1.° de la citada lei dice así:

«La alcabala de contratos *solo* se exijirá de las propiedades o bienes que a continuacion se expresan:

«1.° De fundos rústicos o urbanos;

«2.° De sitios eriales situados dentro del área o contiguos a las poblaciones;

«3.° De minas i de buques.»

¿En cuál de estas denominaciones están comprendidos los censos? ¿Son fundos rústicos o urbanos? ¿Son sitios eriales? ¿Son minas o buques? Si no son ninguna de estas cosas, i si *solo* de estas cosas puede exijirse la alcabala de contratos, como dice la lei, es manifiesto que no puede exijirse de los censos.

No vale decir que el censo es un derecho real inherente a los predios rústicos o urbanos. Porque, dado que lo sea, la lei no sujeta a la alcabala de contratos esta especie de derechos, sino las cosas mismas. Derechos reales son las servidumbres i las hipotecas; i no por eso diremos que, por esta lei, han quedado sujetas a la alcabala de contratos.

Despues que la lei ha enumerado las cosas que la pagan, pasa a determinar por el artículo 3 en qué casos se paga. El artículo 3 dice así:

«Esto derecho deberá pagarse cada vez que transfieran dominio *los referidos bienes*».... «Deberá igualmente pagarse en los contratos de arrendamiento que excedan de diez años.»

Si en la imposicion de un censo hubiese traslacion de dominio, en virtud de este artículo deberian pagar la alcabala de contratos todos los bienes que se acensuasen, i que estuviesen comprendidos en la enumeracion del artículo 1.° Importa, pues, averiguar si transfiere o nó dominio un predio, por el hecho de acensuarse. La opinion (si no nos engañamos) universal, es que no lo transfiere. *Reditus constitutio* (dice Castillo, libro 4, capítulo 61, número 19) *non est alienatio rei super qua constituitur, sed potius pigneratio, seu obligatio ipsius rei.* La constitucion de un rédito no es enajenacion de la cosa en que se constituye, sino mas bien un empeño u obligacion de la misma cosa. Molina (*De justitia et jure*, tomo 2, disquisicion 381, número 2) hablando del censo *reservativo*, establece, que, cuando se vende una cosa, reservándose en ella el vendedor el derecho de cobrar una pension o rédito anual, se transfiere tanto el dominio directo, como el útil de la cosa, con la reserva de aquella pension. La constitucion del censo consiste cabalmente en esta reserva. La cosa misma, el dominio directo i útil de ella, se transfiere sin duda al comprador; pero la reserva de un derecho ni transfiere dominio, ni otra cosa alguna. Se cobrará, pues, alcabala sobre el precio que pague el comprador por la cosa; pero no se pagará sobre la constitucion misma del censo, en que no hai traslacion, sino retencion, que es todo lo contrario. Es, pues, evidente que, segun esta doctrina, la constitucion del censo reservativo no está comprendida en la disposicion del artículo 3.

El censo *consignativo* es el derecho de cobrar anualmente una pension sobre una cosa ajena, sea que el censualista compre ese derecho, o que se le confiera gratuitamente por el dueño de la cosa. Puede, pues, constituirse este censo por venta, donacion, testamento, etc.; pero de cualquier modo

que se constituya, lo que es el dominio directo i útil de la cosa acensuada permanece en el dueño de ella (Molina, tomo 2, disquisicion 383, número 2). No hai, pues, en la imposicion de este censo ninguna traslacion de dominio; lo que hai es la constitucion de un derecho incorporal, nada mas; derecho que tiene cierta semejanza con el de servidumbre i con el de hipoteca, i que, como la servidumbre i la hipoteca, se distingue esencialmente del dominio.

Pudiéramos aglomerar aquí citas de autores para comprobar la doctrina que dejamos expuesta, que tenemos por universal e inconcusa. Solo agregaremos la autoridad de Sala, que, en su *Ilustracion del Derecho Real de España*, da estas definiciones de los censos reservativo i consignativo: «El censo reservativo o retentivo se constituye, cuando alguno da a otro alguna cosa raíz, transfiriéndole *todo* el dominio directo i útil, reservándose cierta pension anual en frutos o en dineros, que le ha de pagar el que la recibe.» «Definimos el censo consignativo diciendo ser compra, por la cual, dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raíces de otro, merca el derecho de cobrar cierta pension anua del dueño de dichos bienes, que *lo queda como era ántes*». La compra puede ser verdadera o ficta, como dice el autor, citando a Vela; i de este modo comprende la definicion, aun el censo que se constituye a título gratuito. Pero, dado caso que hubiese verdadera venta en la imposicion de todo censo consignativo, no por eso, estando a la lei de 17 de marzo de 1835, deberia pagar alcabala; porque esta lei no dice que en toda venta se pague alcabala, sino en las traslaciones de dominio de los fundos rústicos o urbanos, sitios eriales, minas i buques; i así como hai traslaciones de dominio que no son ventas, hai ventas infinitas (entre ellas las de derechos incorporales) que no son traslaciones de dominio.

Es visto, pues, que por esta lei queda exenta de todo derecho de alcabala, la constitucion de censos, i solamente sujeta al de imposicion establecida por el artículo 6, que dice así:

«Todo capital que, despues de la promulgacion de la presente lei, se imponga a censo, ya sea para fundar capellanías

eclesiásticas o laicales, ya sea con cualquier otro objeto, pagará el cinco por ciento por derecho de imposicion.» No dice la lei que se pague este derecho, ademas de la alcabala, como hubiera sido natural, si fuese su ánimo comprender los censos entre las cosas sujetas a ella, enumeradas en el artículo 1.°, o si considerase la constitucion del censo, como incluida en la traslacion de dominio, a que se refiere el artículo 3. I no solo hubiera sido natural, sino necesario hacerlo así, una vez que por la lei anterior se habria mandado que sobre los censos se pagase un solo derecho: el de imposicion.

Miramos, pues, como segura e incontestable la interpretacion que la cámara de diputados ha dado a la lei de 1835. Nada tenemos que ver con las disposiciones, nada con el lenguaje de las leyes i reales cédulas de España. Si éstas someten la imposicion de censos a dos derechos, están derogadas; i si fundan la disposicion en que, constituyéndose un censo, se transfiere dominio, asientan un hecho, no solo falso, sino absurdo, a que estamos autorizados para oponer la realidad de las cosas. Los preceptos de la lei deben ser obedecidos, miéntras otra lei posterior no los derogue; pero los fundamentos de esos preceptos no hablan a la obediencia, sino a la razon; pueden ser i han sido muchas veces erróneos; i aunque estemos obligados a cumplir lo que ella prescribe, no por eso lo estamos a mirar como sólidas las razones en que lo apoye. La infalibilidad no es un atributo del soberano.

(*Araucano*, año de 1842.)



HIPOTECAS I PRIVILEJIOS

Entre varias materias que reclaman la seria i pronta consideracion de la lejislatura, hai una que ha sido mas de una vez iniciada en la cámara de diputados, i que ha excitado de algunos años a esta parte un grado considerable de solicitud i ansiedad en el comercio. Hablamos de nuestro sistema hipotecario, que tanta conexion tiene con el asunto intrincado de los concursos i prelaciones de créditos, i a que son referentes las disposiciones principales del proyecto de lei que insertamos a continuacion.* El exámen de la materia por los periódicos, podrá contribuir mucho a que se facilite su consideracion, i se acelere su despacho en las cámaras.

Partimos del principio de que ninguna hipoteca pasa a tercero, si no ha sido rejistrada i anotada con especificacion de la finca o fincas que le son afectas, principio que nos parece claramente enunciado en la lejislacion española que hoi rije, aunque algunos lo dudan, i a que entendemos conforman sus decisiones las mas altas autoridades judiciales de la república. Sería, con todo, oportuno que en la nueva lei se estableciese esta regla claramente, de manera que no quedase incertidumbre alguna sobre un punto tan esencial.

Sentado este principio, preguntamos: ¿no convendria dar a la hipoteca especial rejistrada la primacía sobre las jenerales? ¿Se opondrá que la hipoteca jeneral es una prenda que afecta

* El proyecto a que se alude, habia sido trabajado por don Andres Bello.

a todos los bienes del deudor, i que, cuando el deudor constituye una hipoteca especial sobre un fundo comprendido en la jeneral anterior, la nueva prenda no debe menoscabar el valor de la antigua, i solo puede dársele cabida despues de purificada ésta? Razon de pura teoría, a que puede contestarse con otra de la misma especie. El deudor tiene a su arbitrio sustraer el fundo a la hipoteca jeneral, enajenándolo. No es mucho que pueda hacer lo mismo, hipotecándolo especialmente. La hipoteca especial se ha mirado siempre como una especie de enajenacion. Pero la utilidad del comercio i del público es la mejor consideracion a que podemos atenernos en esta materia. La hipoteca especial es una prenda incierta, cuando el acreedor carece de medios fáciles i seguros para saber si existen hipotecas anteriores que la desvirtúen; i no puede tener tales medios, una vez que la lei concede a hipotecas no rejistradas, como son todas las jenerales, la calidad de competir con las especiales, i excluirlas por la prioridad de fecha. En semejante estado de cosas, la prenda que se da al acreedor en la hipoteca especial puede hacerse enteramente ilusoria. Si se alega que, concediendo esa preferencia a la hipoteca especial, se hacen tambien ilusorias las jenerales anteriores, responderemos que éstas en el estado presente de la lejislacion apénas pueden considerarse como prendas; que las leyes permiten al deudor sustraer a la hipoteca jeneral cualquiera parte de los bienes que le están afectos; i haciéndolo así por la enajenacion ¿por qué nó de otro modo equivalente? Agrégase a esto que el acreedor hipotecario jeneral, tiene siempre a su alcance el conocimiento de las hipotecas especiales con que se gravan las fincas de su deudor, aun con mas facilidad que el de las enajenaciones que transforman las especies tanjibles en valores de una naturaleza fujitiva i deleznable; i parece natural que la lei le conceda en aquel caso los mismos remedios que en éste para la seguridad de sus créditos. Sobre esta materia, no hai mas que oír al comercio. Él presentirá mejor que cualquiera otra corporacion o individuo si la providencia que indicamos es o nó a propósito para mejorar el estado del crédito.

Podrá, con todo, limitarse la primacía a las hipotecas espe-

ciales en su concurrencia con las jenerales creadas por las convenciones; de manera que, concurriendo hipotecas especiales i legales, prefieran indiferentemente unas a otras, segun el órden de sus fechas. No falta razon para hacer esta diferencia, entre las hipotecas legales i las puramente convencionales. La primeras tienen siempre un grado de publicidad i de notoriedad que falta regularmente a las otras, de que no suele haber noticia hasta el momento fatal en que salen de las tinieblas para ocupar un lugar preferente en los concursos.

Nos parece tambien necesario que ninguna hipoteca convencional se contraiga, sino por escritura pública. Admitir hipotecas constituidas por convenciones de que no hubiese mas prueba, que las firmas de las partes i las de cierto número de testigos, es abrir una puerta mui ancha a la colusion i al fraude. Sobre esto, es unánime, si no nos engañamos mucho, la opinion del comercio.

Los créditos hipotecarios prefieren a todos los otros no privilejiados, cualesquiera que sean sus fechas. Pero, ¿no estableceremos ninguna graduacion en éstos? ¿Se pagarán todos ellos a sueldo por libra? En una palabra, ¿los documentos otorgados en el papel sellado correspondiente, no tendrán preferencia sobre las escrituras privadas, i sobre las obligaciones no escritas?

Es evidente que la circunstancia de estar escrita una obligacion en papel sellado del año de 1840, no prueba que la obligacion se contrajese en él, sino que no se contrajo ántes de ese año. En una palabra, la fecha de semejante documento es incierta. ¿A qué título, pues, deberíamos concederle prelacion alguna? A favor de esta preferencia, no se puede alegar otra razon, que el interes del fisco. El fisco, concediéndosela, vende por unos pocos reales o pesos a un acreedor de fecha incierta el derecho de excluir otros créditos, no solo de fecha igualmente incierta, sino talvez indudablemente anteriores. Pedro se presenta a un concurso con un documento por el valor de mil quinientos pesos en papel sellado del año de 1840, i Juan con un documento en papel simple por el valor de cuatrocientos pesos firmado por el padre del concursado, que

ha muerto el año de 1838, dejando al concursado por heredero de todos sus bienes. Aunque favorezcan al tal papel otras pruebas colaterales que hagan indudable la antigüedad del crédito de Juan, le excluye Pedro, sin mas razon, que haberle el fisco vendido ese derecho por un par de reales. ¿Con qué puede justificarse una iniquidad tan monstruosa? Miremos, con todo, los créditos de Pedro i Juan como de fecha igualmente incierta. Lo que se sigue de esta suposicion, es la concurrencia de ambos créditos a sueldo por libra, no la exclusion del uno o del otro.

Es sensible, pero es necesario decir que en nuestros tiempos el privilejio fiscal concedido al papel sellado, no puede dejar de ser una fuente copiosa de fraudes. Habrá personas que tendrán cuidado de guardar papel sellado de todas las fechas para traficar en él, i es seguro que no les faltarán compradores.

¿I el impuesto fiscal? se preguntará.

Respondemos: primero, que no deben establecerse impuestos inicuos, impuestos fundados sobre el despojo arbitrario de lo que pertenece a Juan para dárselo a Pedro, impuestos inmorales que ofrecen facilidades al fraude; i segundo, que se protejeria suficientemente el interes fiscal, ordenando que el documento no otorgado en papel sellado que le corresponde no valga ni como papel simple. De esta manera, si se priva a un individuo de los medios de probar su crédito, debe solo imputarlo a sí mismo. Esta pérdida es una pena del delito que ha cometido defraudando al fisco.

Como la materia de los privilejios está íntimamente enlazada con la de hipotecas, nos parece conveniente que la lei los enumere, defina i gradúe.

(*Araucano*, año de 1844.)



ARCHIVO JENERAL

Se ventila actualmente en la cámara de senadores un proyecto de lei que no puede ménos de inspirar un interes jeneral. Se trata de dar extension i regularidad a los trabajos de la oficina de estadística, i de crear bajo su inspeccion un archivo nacional, en que se custodien los documentos mas importantes, relativos a la historia, a la lejislacion, al gobierno de nuestra patria, a nuestra administracion de justicia, a los títulos de propiedad i familia de los ciudadanos, a la conservacion de sus mas preciosos derechos. Con esto, creemos haber expresado en pocas palabras la vasta importancia del proyecto; i el que lo haya leído no nos acusará seguramente de exajeracion. Pero no se trata de dar a conocer su importancia. Bajo este aspecto, no haríamos mas que repetir lo que el presidente ha dicho en el mensaje con que lo pasó a las cámaras. Nuestro objeto es por ahora el responder a las objeciones con que se ha querido impugnarlo.

Parte de esas objeciones se reducen a tristes pronósticos de inasequibilidad. *No hai hombres*, es el argumento jeneral contra todo lo que se desvía del camino trillado. *No es tiempo tódavía*, es el atrincheramiento de la indolencia soñolienta contra todo lo que tiende a sacarla de su dulce letargo. No hai hombres, porque no queremos serlo; porque la idea de trabajo i de responsabilidad nos espanta. El proyecto de que se trata, no exije ni jenios creadores, ni conocimientos científicos. Exije solo dedicacion, laboriosidad e ideas de órden, a que cualquier entendimiento medianamente cultivado puede

llegar sin esfuerzo. ¿I por qué reservar a la posteridad lo que podemos hacer nosotros, ejercitando las facultades comunes que posee todo hombre de tal cual educacion? ¿Hasta cuándo se ha de dar aires de sensatez i cordura lo que solo es apatía i pereza? Declámase contra el gobierno, acusándole de inactivo i estéril; i no se toman en cuenta los obstáculos que se le suscitan, ni esa fuerza de inercia que rechaza todo lo nuevo sin mas razon que serlo.

Concedamos por un momento que sean demasiado vastas las dimensiones del proyecto. Redúzcasele a la magnitud que se considere realizable i proporcionada. Pero debemos protestar contra ciertas ideas mezquinas de economía, que condenan ciegamente todo aquello que impone cargas nuevas al erario, por lijeras que sean, cotejadas con los objetos a que se quiere proveer con ellas. Por mucho que se exajeren los costos de la ejecucion del proyecto, aparecerán de poca monta comparados a un tiempo con las fuerzas de nuestro erario, i con los efectos eminentemente benéficos de la institucion que se desea plantear. La casa de moneda presenta un local espacioso a disposicion del gobierno, i los sueldos de los empleados no llegarian con mucho a lo que se invierte en una de las secretarías de estado. Los archivos de una gran parte de nuestras oficinas rebosan. En vez de aumentar en cada una de ellas el espacio en que deben colocarse i custodiarse sus papeles, gasto que no puede ya postergarse, ¿no sería mejor establecer un archivo central; adonde periódicamente se trasladasen los que no sirvan ya para el servicio diario; i donde se arreglasen con las correspondientes divisiones i subdivisiones para la comodidad de consultarlos, cuando la utilidad del público o de los particulares lo exijiese? Hasta aquí es evidente que el proyecto no crea una necesidad nueva; propone solamente un medio para subvenir a una necesidad que se ha hecho sentir por algunos años.

El proyecto dispone un depósito de papeles que están ahora dispersos en diferentes localidades, corriendo mil peligros de destruccion o extravío, en que ya han perecido no pocos, con daño del público i de los particulares. Acumulándose tantos

documentos, debe sin duda ensancharse a proporcion el local en que deben guardarse. Extension del local, número consiguiente de empleados para el servicio de la oficina, creacion de empleos i sueldos, hé aquí la objecion de mas peso. Pero, cualquiera que sea capaz de apreciar los varios usos a que se presta un depósito central que contenga todos, o a lo ménos la mayor parte de los documentos que en el proyecto se enumeran, verá que la utilidad de esa institucion prepondera mucho sobre los costos que hará sentir al erario. Los títulos de propiedad esparcidos, diseminados en tantas escribanías, tendrán, duplicados allí, una garantía de existencia i de autenticidad, ya contra el fraude, que sustrae de las oficinas los orijinales, o que vicia los protocolos, ya contra la incuria de las personas que actualmente los tienen bajo su custodia, ya contra los incendios i otros casos fortuitos, que pueden consumirlos o deteriorarlos. La mera duplicacion de los títulos será una seguridad preciosa para los derechos de propiedad i de familia. La estadística vendrá al depósito central a recojer sus datos, i las jeneraciones futuras hallarán en él escrita con caractéres auténticos la historia de nuestras leyes, de nuestro gobierno, de nuestras rentas, de nuestra poblacion, de nuestro comercio, de nuestras artes i ciencias, en suma, de todo aquello que en todo pueblo que ha salido de la barbarie excita la curiosidad jeneral; curiosidad que honra al hombre, elevándolo sobre las especies brutas, para las cuales no hai pasado ni porvenir; noble instinto, que se desarrolla con la civilizacion i es uno de sus mas inequívocos caractéres. Hai un vandalismo activo, que destruye todo aquello que no ministra a la satisfaccion de una necesidad material; que derriba los monumentos de las artes i entrega las bibliotecas a las llamas. Hai otro vandalismo de inercia i abandono, mas frecuente i no ménos pernicioso que el otro, que desperdicia i disipa, que por ignorancia desconoce el precio de los objetos sobre los cuales echa ahora una mirada de indiferencia o desden, o por desidia deja expuesto a los estragos de los hombres i del tiempo lo que merece conservarse.

No atribuimos estos sentimientos, o mejor diremos, esta

vandálica insensibilidad a todos los que combaten el proyecto, porque nos costa que entre ellos hai hombres de grande ilustracion, i de notorio celo por el bien público. Por lo mismo que respetamos su voto i que nos felicitaríamos de obtenerlo, sentimos que no aprecien en su justo valor el programa de la oficina de estadística, i la creacion del archivo nacional. Pero, ¿no dan estos señores una direccion falsa a su celo, cuando condenan indistintamente toda institucion nueva, porque causa algun gravámen al erario, sin detenerse a examinar si está o nó calculada para producir beneficios de una magnitud mui superior al gravámen? ¿No confunden con la juiciosa economía que cercena lo superfluo, la estrecha parsimonia que nos priva de lo útil i lo necesario?

No creemos que a la ejecucion de este proyecto se opongan dificultades graves. Todo establecimiento reciente ocasiona embarazos, imponiendo obligaciones nuevas a multitud de personas que deben concurrir a su ejecucion. Pero, si este jénero de dificultades nos arredrase, sería menester resignarnos a permanecer en nuestro estado actual para siempre, perspectiva bien melancólica, donde hai tanto que crear i que reformar; donde hai tantas necesidades sociales a que proveer, i tantas rutinas viciosas, que solo la fuerza de la costumbre hace de algun modo tolerables. Volveremos a este asunto, porque lo miramos como uno de los mas interesantes a que pueden dedicarse las cámaras.

(*Araucano*, año de 1844.)

DERECHOS DE AUTORES

I

Ha llegado el tiempo en que los derechos de los autores sobre las producciones que dan a la prensa, orijinales, modificadas o traducidas, reclaman una seria atencion del gobierno i de la lejislatura.

Tenemos una lei, primer ensayo sobre esta materia difícil. Sus provisiones son bastante juiciosas i liberales; pero, para el estado presente, dejan algo que desear. La calificacion de las obras que la imprenta chilena publique, i el privilejio mas o ménos amplio de que hayan de gozar los escritores, segun los elementos de orijinalidad i trabajo que se hayan empleado en ellas, i los medios legales de hacer efectivo el privilejio, ofrecen cuestiones delicadas. Invocamos la atencion de nuestros colegas a este asunto, que personalmente les concierne, i que interesa no poco al fomento de nuestra literatura naciente. Nos proponemos indicar, en otro artículo, nuestro modo de pensar en órden a él. Por ahora, nos limitamos a dar idea de las reglas adoptadas en otras naciones, para que se examine lo que haya en ellas mas aplicable a la situacion presente de Chile. Debemos advertir que nuestras noticias han sido sacadas de una revista británica del año de 1841, i por tanto no abrazan las disposiciones lejislativas que posteriormente se hayan dictado en Europa i en los Estados Unidos de América.

En Inglaterra, despues de una larga discusion, en que los

mas eminentes jurisconsultos pronunciaron opiniones contradictorias, la cámara de los pares declaró en 1774 que la lei no reconocia la perpetuidad del derecho de los autores. A excepcion de dos naciones (Holanda i Prusia) en que era admitido este principio de perpetuidad, i que despues lo abandonaron, en todas las otras del continente europeo, la proteccion del autor consistia en la concesion de una patente o privilejio específico. Este sistema fué despues casi universalmente abolido.

Las reglas que hoi se observan en Inglaterra, son ménos favorables para los autores, que las de casi todas las otras grandes naciones de Europa. El privilejio concedido a los autores duraba quince años contados desde la publicacion, i si a la espiracion de este término vivian, se extendia a quince años mas. Segun el estatuto de 1814, la propiedad es absoluta por el espacio de veintiocho años; i sobreviviendo el autor a este período, revive el derecho en él, i dura por todo el tiempo de su vida.

En los Estados Unidos de América, es protejido el autor por veintiocho años; i si al fin de este tiempo viven él o su viuda o descendientes herederos, se renueva el privilejio para él o para su viuda i herederos por catorce años mas.

En Holanda i la Béljica, es protejido el autor durante su vida; i pasa el privilejio a sus herederos durante los veinte años subsiguientes a su fallecimiento.

En Prusia, la lei antigua reconocia la absoluta propiedad del autor por toda su vida, i le permitia que la dejase a sus herederos por testamento. A falta de manda expresa, el derecho de reimprimir la obra pasaba al público; pero con calidad de que, miéntras viviese algun descendiente del autor, gozase una cierta porcion de las utilidades de la venta. La lei actual (que es de 1837), proteje al autor durante su vida, i extiende la proteccion a sus herederos por treinta años despues de su muerte.

En los diferentes estados de Sajonia i en el resto de la Alemania protestante, el privilejio subsiste por toda la vida del tauor, i algun tiempo mas. El estado de Sajonia-Coburg-

Gotha sigue en todo la regla de Prusia. En otros, el derecho de los herederos es por veinte, diez, seis años. Ademas, la lei jeneral de la Confederacion Jermánica reconoce la propiedad absoluta del autor o de sus representantes en todos los territorios sujetos a la liga, por diez años contados desde la publicacion.

Rusia i Austria presentan un contraste notable. En Austria, es privilejiado el autor hasta su muerte, pero sus herederos carecen de todo derecho, sino el que pueda conferirles la lei de la Confederacion Jermánica; miéntras que en la Prusia dura el privilejio en favor de la familia del autor por los veinticinco años subsiguientes. I aun esto no es todo. Si la obra ha sido reimpresa en el último quinquenio de este período, subsiste el privilejio diez años mas. De manera que en la práctica la duracion del privilejio de la familia se extiende hasta treinta i cinco años.

En Francia, el año de 1793, habiéndose abolido todas las antiguas corporaciones i privilejios, quedó privada de toda proteccion la propiedad literaria; pero las injusticias i daños que de ello resultaron fueron tan graves, que la lejislatura expidió un decreto sancionando la propiedad de toda obra de ciencia o arte, en el autor por toda su vida, i en su familia por diez años, si dejaba alguna. Napoleon presidió a una prolongada discusion en el senado lejislativo de 1820; de la que resultó confirmarse la lei de 1793, con ciertas modificaciones, todas favorables al autor. Esta lei subsiste todavía en vigor. Ella dispone que, si el autor deja viuda o descendientes, gocen de la propiedad por veinte años; si ni viuda, ni descendencia, gocen de la propiedad los otros herederos por diez años: se regla la subdivision de los productos en estos dos períodos en una multitud de casos; pero, como suele suceder en los reglamentos, han ocurrido muchos mas casos dudosos que los previstos.

El resultado es que en Inglaterra i en todos los países donde hai tal cual actividad en la produccion de obras literarias i científicas, excepto solo en los Estados Unidos de América, la propiedad del autor es absoluta por toda su vida; que, si la lei americana se diferencia de la inglesa bajo este respecto, es

probablemente en beneficio del autor; pero de todos modos es indudable que ambas son mucho ménos favorables a éste, que la de cualquier otro país de adelantada civilizacion, excepto solo el Austria, ese poderoso imperio que no ha contribuido hasta ahora con un solo autor de gran mérito a la literatura de la Alemania.

El Código Napoleon es, pues, mucho mas ventajoso para el autor que la lei de Inglaterra; i con todo eso, en los últimos veinte años se han hecho reiterados esfuerzos para modificarlo de manera que la posicion del autor mejore; i aunque el voto de la cámara de diputados para que el privilejio se extendiese hasta cincuenta años despues de la muerte, se perdió en la cámara de los pares, fué por una pequeña mayoría, i cuando no estaba en el gobierno M. Guizot, que era uno de los que mas apoyaban el proyecto, para el cual se contaba tambien con la cooperacion de M. Lamartine.

En los Estados Unidos, un gran número de publicaciones han reclamado, con bastante habilidad, la revision de la lei, ya en favor de los autores nacionales, i ya en beneficio de los ingleses, que hasta ahora no han sacado utilidad alguna de la circulacion de sus obras en aquel país. Se cree que el congreso no tardará en sancionar alguna medida, a lo ménos para extender la proteccion de la literatura indíjena.

Tal era el estado de cosas el año de 1841. Posteriormente, varió el Austria su lejislacion. En una lei del año de 1846, de que se dió un instructivo extracto en *El Mercurio* de Valparaíso de 26 de agosto del año pasado, se da la propiedad de toda produccion literaria u obra de arte al autor o artista i a sus asignatarios; se da igual derecho de propiedad al traductor de una obra orijinal, a ménos que el autor haya declarado en el prólogo o carátula que él mismo ha de entender en la traduccion; i en tal caso, toda traduccion que aparezca dentro de un año sin el consentimiento del autor orijinal, se tiene por contrahecha.

La reproduccion de discursos políticos, cuyo manuscrito haya cedido el autor a un editor, sujeta a toda otra persona a la pena de falsificacion.

La representacion de una nueva obra dramática o la ejecucion de una pieza musical, sin consentimiento del autor, hace incurrir en la misma pena.

El privilejio es vitalicio para el autor, i subsiste hasta treinta años despues de su muerte, extendiéndose hasta cincuenta años despues de la muerte el de las obras publicadas por toda corporacion científica o artística reconocida por el gobierno. El privilejio para la representacion dramática o la ejecucion de piezas musicales no dura mas que diez años despues de la muerte del autor.

Los falsificadores son castigados con la pérdida de todos los ejemplares, i de todos los útiles empleados en la impresion, i ademas con una multa de cincuenta a quinientos pesos, o en caso de insolvencia, con un número de dias de prision proporcionado a la multa.

La lei extiende igual proteccion a los autores de todos los estados de la Confederacion Jermánica. Con respecto a las obras publicadas en otras naciones, se establece el principio de reciprocidad.

II

Véase ahora sobre qué principios es conveniente que se fije entre nosotros el privilejio de los autores.

Primeramente, creemos que no debe ser igual i uno mismo para toda especie de trabajo literario. Ateniéndonos a lo que dicta el sentido comun, un mero traductor no tiene derecho a ser recompensado de la misma manera que el que, aun vertiendo ideas ajenas, se ve precisado a tomarlas acá i allá, consultando diversos autores, i formando de todos ellos un cuerpo de doctrina, congruente i metódico. En esta segunda categoría, entran por lo comun los autores de obras elementales, especie de trabajo que importa mucho estimular en este país. A primera vista, parecerá que no hai necesidad de emprenderlas en Chile, porque podemos valernos de las publicadas en otros países, reimprimiéndolas o traduciéndolas. Pero, en primer lugar, casi no hai materia alguna de enseñan-

za en que los elementos adaptados para un colejio europeo, por ejemplo, no admitan útiles modificaciones i adiciones, si se trata de aplicarlos a nuestra localidad, instituciones i demas circunstancias. La de derecho canónico que da a luz actualmente el reverendo obispo electo de Ancud, suministra el mejor de los ejemplos que podemos citar. Supongamos que se trate de un curso de historia universal. Puede haber consideraciones gravísimas para que una obra extranjera, excelente bajo muchos respectos, no pueda aceptarse en todas sus partes. Se haria talvez con ella un presente funesto a la juventud estudiosa, traduciéndola literalmente; al paso que, separando cuidadosamente las ideas peligrosas o inadaptables, se lograria proporcionar a los alumnos de historia un buen libro, superior a todos los otros conocidos, para este objeto especial. Hai mas: en los cursos de historia universal, cada autor da mas o ménos extension a una parte, segun el país en que escribe. Un historiador frances desenvuelve con mas amplitud lo relativo a su nacion, i pasa rápidamente sobre los hechos, los personajes i las instituciones de otras. La España i la América ocuparán allí un lugar subalterno. El adaptador americano deberá, pues, ensanchar en esta parte la escala del autor orijinal, i agrandará las proporciones diminutivas en que éste presente las materias que tienen para nosotros un interes superior. ¿Se trata de una obra elemental de botánica? A los ejemplos de plantas indíjenas de Europa, habrá que sustituir los de aquellas especies que se hallen a el alcance de los alumnos chilenos. Ni es esto todo. El profesor que adapta a sus propias nociones una obra extranjera, i que le da de este modo una estampa de individualidad, enseñará mejor con ella; cada cual tiene su modo peculiar de ver, i comunica con mas facilidad los pensamientos que ha dijerido i amoldado, porque los expresa con claridad, con enerjia, con fe. Los que han tenido alguna práctica de enseñanza saben cuán cierto es esto.

El trabajo sobre ideas ajenas encierra varias especies i grados, que suponen mas o ménos talento, mas o ménos instruccion; i sería de desear que se graduase de la misma manera la

recompensa; pero esto es manifiestamente imposible. El lejislador tendria que hacer una clasificacion minuciosa; i dado que la hiciese bien, su aplicacion a los varios casos seria sumamente difícil. Creemos, sin embargo, que es de toda justicia i necesidad el establecer algunas diferencias a este respecto, i que pudieran, sin inconveniente, designarse tres clases: la de simples traductores; la de aquéllos que adaptan una obra extranjera, introduciendo en ella alteraciones de alguna importancia; i la de aquellos que, refundiendo en una la doctrina de muchas, producen otra que en la forma, en el método, en las aplicaciones a las circunstancias locales, tiene caractéres señalados de novedad i utilidad. La línea divisoria entre estos autores i los propiamente orijinales, es algo difícil de trazar; pero hai casos en que se manifiesta obviamente. Un poema, un discurso oratorio, un sistema nuevo, la historia de un país o de una época que no ha sido ántes escrita, ofrecerian poco motivo de vacilacion; i en los casos dudosos, el juzgado calificador podria, sin inconveniente alguno, inclinar la balanza a la opinion mas favorable i liberal.

La lei de 10 de enero de 1834, excelente bajo muchos puntos de vista, pudo a nuestro juicio mejorarse, por medio de una clasificacion de trabajos, en que se reconozcan las cuatro categorías de autores orijinales, autores de obras que recopilen i refundan la materia esparcida en otras varias, adaptadores de obras ajenas, que hagan en ellas alteraciones calculadas para las circunstancias de nuestro país, i meros traductores. El artículo 9 de la lei citada los iguala a todos.

Pero, ¿a quién tocará la calificacion de las obras, i de la recompensa a que en consecuencia tengan derecho? Creemos que convendria sujetarla a las formalidades de un juzgamiento de peritos, que podria conferirse a una comision de la facultad universitaria respectiva; con calidad de que, si se tratase de una obra de enseñanza, formasen parte de la comision dos profesores de la misma.

El tercer punto que desearíamos se ventilase por la prensa, es la duracion del privilejio exclusivo de vender la obra. En este particular, nos parece poco meditada la disposicion de la

lei de 1834, que hace vitalicio el privilejio en el autor, i lo reduce a cinco años en los herederos, confiriendo al gobierno la facultad de prorrogarlo hasta diez. De esta manera, un escritor sexajenario que diese a luz una obra orijinal, en que acaso habria consignado los estudios i observaciones de una larga vida, recibiria en recompensa un privilejio que en él i en sus herederos rara vez podria pasar de veinte años; i el que a la edad de veinte o treinta publicase una simple traduccion gozaria de un privilejio que en él i en sus herederos pudiera extenderse hasta la duracion de medio siglo o mas. ¿No es esta una desigualdad, una iniquidad monstruosa? El medio de evitarla es mui sencillo i obvio. Júntese el goce de los herederos al del autor. Sea, por ejemplo, de sesenta años, el privilejio de un escritor orijinal, i de treinta el de un mero traductor; disfruten de él los herederos por el número de años que hubiere dejado de gozarlo la persona a quien representan. Sesenta i treinta pudieran ser los términos máximo i mínimo de la escala de duracion; i el jurado de peritos, atendiendo a las cuatro categorías que ántes hemos indicado, tendria fa facultad de asignar las duraciones intermedias. Segun se elevase el trabajo literario sobre el de una simple traduccion, i se aproximase al de la jenuina orijinalidad, así el número de años del privilejio se acercaria gradualmente al máximun. Por último, a los que no quisiesen sujetar sus producciones literarias a la calificacion del jurado de peritos, les quedaria siempre el derecho a gozar del privilejio exclusivo por el espacio de treinta años.

Parécenos tambien que el artículo 15 de la lei citada, en el que se impone la pena a los usurpadores de una propiedad literaria, no es suficientemente explícito. Serán castigados, dice, con arreglo a las leyes vijentes sobre usurpacion de la propiedad ajena. ¿Propiedad de qué especie? La mueble probablemente. Es decir que la pena de los que contravienen a la lei, violando la propiedad literaria, sería la misma que la lejislacion vijente impone al hurto. Pero esto es todavía demasiado vago. La lei, a nuestro juicio, debiera proponerse, a la par que la vindicta pública, la indemnizacion de la persona perju·

dicada. Deberia, por consiguiente, dar reglas para la valuacion del daño.

La materia de que hemos tratado en estos dos artículos, nos parece digna de examinarse i meditarse, poniendo la mira en el estímulo de que necesitan entre nosotros las tareas literarias, proponiendo los mejores medios de hacerlo efectivo, i estableciendo reglas sencillas i de fácil aplicacion. Invitamos a nuestros colegas a ilustrarla.

(*Araucano*, año de 1848.)



MODO DE ACORDAR LAS SENTENCIAS

No serán inaceptables a nuestros lectores algunas observaciones sobre un asunto que merece en alto grado la atencion de los lejisladores i del público todo. Aludimos al proyecto de lei *sobre el modo de fundar las sentencias*, que está pendiente en la cámara de senadores.

En la responsabilidad de los depositarios de todo poder, consiste la esencia de las instituciones republicanas; i a los funcionarios del órden judicial, en cuyas manos están la vida, fortuna i honor de los ciudadanos, comprende, como a los otros, la obligacion de dar cuenta de sus actos. Pasó el tiempo en que un jurisconsulto pudo decir: Fatuus est judex qui causam in sententia expresserit utpote qui eam exprimendo viam aperiat suæ impugnandæ sententiæ. No nos detendremos, pues, a probar lo que en el dia está reconocido, como un axioma de la ciencia social, hasta en los países monárquicos.

Pero se cumple imperfectamente con esta garantía, i en realidad se elude, cuando no aparecen en la sentencia los fundamentos, no solo de la resolucion principal, sino de los varios puntos decididos en ella, i que le sirven de antecedentes i premisas. Supongamos que se discute una cuestion de retracto, lejítima en sí misma; i que solo se duda sobre si es admisible la accion por haber espirado o nó los nueve dias fatales. Figurémonos que el contrato de venta se hubiese celebrado el 1.° de abril por la tarde, i se hubiese intentado la accion el 10 de abril al mediodía. Contando los dias *de momento a momento*, como quieren algunos, habria recurrido el retrayente

en tiempo hábil; contando los dias naturales e incluyendo en ellos el del contrato i el de la demanda, como sostienen otros, hubiera sido lo contrario. Para fallar sobre la prescripcion, tendrá el tribunal que elejir entre los varios modos de contar los dias, punto cardinal que arrastra la resolucion definitiva: i la eleccion no puede ser arbitraria; debe precisamente apoyarse en algun fundamento jurídico. ¿De qué serviria, pues, que la sentencia, admitiendo o rechazando la accion, se ciñese a citar la lei que la limita a nuevo dias fatales, pasando en silencio las razones que hubiesen ocurrido al tribunal para contar esos dias de un modo u otro, que era la cuestion capital? Semejante sentencia no haria mas que cumplir *aparentemente* con una de las mas indispensables garantías de la recta administracion de justicia.

El proyecto de que se trata, tiene mas extension de la que se manifiesta en su título, porque, fijando las reglas a que debe ajustarse el juzgamiento para que pueda fundarse debidamente, traza en realidad la marcha lójica que debe seguirse en él para asegurar la rectitud del fallo, i para que, pronunciado por un tribunal, *exprese en todas sus partes la decision de la mayoría*. Este es un punto de la mas grave importancia, como será fácil probarlo con un ejemplo. En toda especie, están precisamente ligados el hecho i el derecho; a veces es cuestionable el hecho, a veces el derecho, a veces uno i otro. Supongamos que en una judicatura de cinco miembros, *A* i *B* reconocen el hecho, pero no admiten el derecho; *C* i *D*, al contrario, juzgan que el derecho es incontrovertible, pero que el hecho no está suficientemente probado; *F* opina que ni el hecho ni el derecho admiten disputa. Fallándose en globo sobre el mérito de la demanda, la desechará el tribunal por cuatro votos contra uno solo. Pero ¿cómo fundará la sentencia? ¿Dirá que no está probado el hecho? *A*, *B* i *F*, que hacen mayoría, son de opinion contraria. ¿Dirá que, admitido el hecho, no se sigue el derecho? *C*, *D* i *F*, que hacen tambien mayoria, sostienen que, supuesto el hecho, es indubitable el derecho. ¿Qué fundamento podrá, pues, expresarse, a que la mayoría del tribunal suscriba? Por otra parte, rechazando la

demanda se cometeria una flagrante injusticia, una vez que el demandante, en el concepto de la mayoría ha probado suficientemente el hecho, i ademas, en el concepto de la mayoría, admitido el hecho, es una consecuencia necesaria el derecho.

No se objete que la mayoría que resuelve afirmativamente el primer punto, es distinta de la mayoría que resuelve de la misma manera el segundo. La voz de toda mayoría del tribunal es la voz del tribunal. El tribunal es un sér jurídico, indivisible, distinto de los miembros que lo componen, considerados en su capacidad individual. Lo mismo sucede en todas las demas corporaciones. En la mas augusta de todas, el congreso, la cámara que hoi acepta el artículo primero de un proyecto de lei, puede ser de diferente composicion que la que mañana acepta el segundo; i aun en una misma sesion, podrá suceder, i sucede amenudo, que los varios artículos sean aprobados por diferentes combinaciones de miembros; i sin embargo, los artículos todos se mirarán como dictados por una autoridad siempre idéntica consigo misma. La individualidad de los miembros desaparece en el pronunciamiento de la mayoría, que es el pronunciamiento del cuerpo.

Un juicio complejo es verdaderamente un conjunto de juicios; i a ningun miembro de un tribunal puede ser permitido emitir un juicio complejo, en que entra un juicio parcial que la mayoría del tribunal rechaza, ni dejar de admitir un antecedente, un principio, que el tribunal, representado por la mayoría, ha hecho suyo.

Son muchas las causas que presentan una cuestion compleja; i el arbitrio de fijar i resolver separadamente las cuestiones particulares que ella envuelve, es de absoluta necesidad, no solo para que pueda fundarse el juzgamiento, i para que el fallo de un tribunal se ajuste, en todas sus partes, a la decision de la mayoría, sino para evitar las dispersiones de votos, que obligan a llamar jueces de afuera; recurso defectuosísimo, que muchas veces agravará el mal en vez de remediarlo. Porque, si se dispersan los votos en una corporacion de cuatro o cinco vocales, ¿cuánto mas no será de temer que suceda lo mismo en un cuerpo que se componga de nueve, once, quince

o mas personas? Casos se han visto en que, perdido el tribunal en un laberinto de discordancias i dispersiones que se multiplicaban con el número de sus miembros, los litigantes desesperados tuvieron que transijir, al cabo de años consumidos en el interminable juicio, i despues de enormes costos para obtener una decision judicial.

¿Qué puede decirse de un sistema que, aun en manos de majistrados sabios i celosos, como los que tenemos, ponen a los litigantes en el caso de decir: «No podemos obtener la decision judicial que hemos implorado; avengámonos como mejor podamos? ¿No hai en esto una verdadera, aunque involuntaria, denegacion de justicia?

La separacion de cuestiones es un medio casi infalible de precaver la dispersion de votos, i el defectuoso i precario recurso de llamar jueces de afuera para dirimirla. Una hipótesis lo manifestará.

Se litiga sobre la propiedad de un terreno abandonado por las aguas del mar. El poseedor alega el derecho de primer ocupante; su adversario pretende que la tierra que dejan descubiertas las aguas acrece a las heredades contiguas por derecho de accesion. El tribunal se compone de cinco miembros. *A* i *B* reconocen el derecho del primer ocupante; *C* i *D* sostienen qne no puede ocuparse lo que desde el primer momento de su existencia ha pertenecido a otros, es decir, a los propietarios vecinos; i *F* opina que el derecho de accesion, que las leyes reconocen en las tierras abandonadas por los rios, no es aplicable a las playas del mar; que la cosa litigada no habia sido, sin embargo, *res nullius*, cuyo señorío pudiese adquirirse por ocupacion, sino tierra vacante, esto es, no perteneciente a individuos o corporaciones particulares, i cuyo único dueño era, por consiguiente, el fisco, es decir, la nacion.*

Tenemos tres cuestiones de derecho:

1.ª ¿Cabe el derecho de primer ocupante en terrenos abandonados por el mar?

* No tratamos de reproducir una causa ventilada hace algunos años en Santiago, i semejante bajo algunos respectos a la especie que proponemos hipotéticamente.

2.ª ¿Cabe en ellos el derecho de accesion de las heredades colindantes?

3.ª ¿Pertenecieron al fisco desde su primera existencia?

Estas son las cuestiones sobre las cuales debe deliberar separadamente el tribunal. Pero, ¿en qué órden?

Es evidente que no se debe principiar por la primera, porque, si la cosa, litigada ántes de ocuparse era de los propietarios colindantes o del fisco, la ocupacion ha sido una invasion de lo ajeno, i el poseedor un usurpador. Debe, pues, resolverse la segunda i tercera cuestion previamente.

Pero, ¿cuál de estas dos primero?

Evidentemente la del derecho de accesion, porque, si al paso que estas tierras han quedado descubiertas por las olas han ido acreciendo a las heredades contiguas, no han sido jamas vacantes, ni denunciables al fisco.

Sometido a deliberacion el derecho de los propietarios vecinos, o es aceptado por la mayoría del tribunal, i queda resuelto desde luego el litijio, porque la afirmativa de este derecho arrastra necesariamente la negativa de los otros dos; o es rechazado, i desde entónces esta proposicion: «La tierras abandonadas por el mar no acrecen a las heredades colindantes», es para el tribunal un principio incontrovertible de que no puede prescindirse en las cuestiones subsiguientes.

¿Han sido tierras vacantes las que se litigan? ¿A medida que han empezado a existir, se han hecho o nó propiedad nacional?

Discutida esta cuestion, o se reconoce que, como tierras vacantes, han pertenecido al fisco, i queda resuelto el litijio, porque una propiedad fiscal no ha podido adquirirse a título de primer ocupante, o se rechaza el derecho del fisco, i quedan sentadas dos proposiciones ya incontrovertibles, porque han obtenido el asenso de la mayoría: «Las tierras abandonadas por el mar no acrecen a las heredades contiguas;» «Ni han sido tierras vacantes, i como tales, de propiedad fiscal.»

¿Eran, pues, *res nullius*, que se hiciesen del primero que las ocupase? Si el tribunal ha resuelto negativamente las dos primeras cuestiones, no puede ménos que votar afirmativa i unánimemente la tercera.

Hé aquí, pues, terminada la causa sin dispersion de votos, i sin necesidad de agregar al tribunal otros jueces.

En un juzgado unipersonal, debe hacerse la misma separacion. Lo alegado por los litigantes facilita este trabajo, i señala el camino al juez, no solo para la division de las cuestiones complejas, sino para el órden que debe observarse en la resolucion de los puntos particulares. La regla es obvia i sencilla: toda cuestion envuelta en otra debe considerarse primero.

Apénas es posible imajinar un caso en que, procediendo de este modo, no se evitase la dispersion de votos. Mas, para obtener un resultado justo i legal, es indispensable que todos los miembros acepten las decisiones sucesivas de la mayoría como principios sentados, i que no les sea permitido raciocinio alguno en que vaya envuelto un principio contrario. ¿De qué serviria que, en el caso hipotético que acabamos de proponer, *A*, *B* i *F* desconociesen el derecho de los propietarios vecinos, si *C* i *D*, insistiendo en este derecho, repudiado por la mayoría, fallasen luego negativamente sobre el derecho fiscal? Estos dos votos unidos a los de *A* i *B*, que votan por el actual poseedor, harian, a la verdad, sentencia; pero una sentencia falsa, ilegal, injusta, que no podria fundarse del modo debido. Falsa, porque esta negativa la emitieron *A* i *B* como consecuencia del derecho del actual poseedor, a que la mayoría no ha suscrito, i *C* i *D*, como consecuencia del derecho de accesion, rechazado expresamente por la mayoría. Ilegal, porque, segun la lei, la sentencia debe ser la expresion de un acuerdo de la mayoría; i una resolucion en cuyos fundamentos no convienen *A* i *B* con *C* i *D*, no tendria mas que una apariencia o simulacion de acuerdo. Injusta, porque haria valer contra el fisco una pretension rechazada. Imposible, en fin, de fundar, porque no se deduciria de ningun antecedente aceptado.

Hemos oído alegar que, procediendo del modo dicho, se pone a los majistrados en la dura necesidad de fallar contra su conciencia. Si se les forzase a adoptar la opinion de una minoría, pudiera haber algun viso de plausibilidad en esta objecion; i con todo eso, el artículo 127 del código de enjuiciamiento de Francia impone esta obligacion a los majistrados

franceses. El proyecto que se discute actualmente en nuestro congreso, prescribia lo mismo bajo su forma orijinal. Pero, en las enmiendas del senado, se ha procurado remover este motivo de escrúpulo. Segun ellas, un juez no se ve nunca en la precision de someter su juicio, sino al de la mayoría. I una vez que la lei le mande hacerlo así, no hace ningun sacrificio de su conciencia. En la hipótesis anterior, descartado el derecho de los propietarios contiguos, i admitido el del fisco, ¿qué dirian sustancialmente *A* i *B* al fallar sobre el derecho de primer ocupante? «Supuesto, dirian a su propia conciencia, que, segun la mayoría del tribunal, el derecho de accesion no tiene cabida, i el del fisco la tiene, se sigue que no puede admitirse en esta especie el derecho de primer ocupante, para el cual se necesita que la cosa ocupada haya sido ántes de la ocupacion *res nullius.*» No harian mas que emitir una consecuencia lójica, que se deriva necesariamente de principios sancionados por la mayoría del tribunal, que es órgano de la lei: *Conscientia legis vincit conscientiam hominis.* Uno puede estar persuadido de que tal o cual lei de *Partida* es intrínsecamente contraria a la equidad natural; i sin embargo, en los casos a que deba aplicarse esta lei, fallará segun ella, i fallará bien. Dirá como el jurisconsulto romano: *Per quam durum est, sed ita lex scripta est* (lei 12 *qui et a quibus manumissi).* Esto es lo que debe pasar en el alma del majistrado; i no es de creer que tenga la presuncion de aferrarse a todo trance en lo que la mayoría del tribunal repudia.

El método de que se trata, no es solo un medio casi infalible de evitar la dispersion de votos, i de precaver sentencias falsas e injustas, que dan la causa ganada al que realmente, segun la mayoría del tribunal, deberia perderla; no solo es necesario para que pueda fundarse debidamente la sentencia, sino que tiende a establecer en los tribunales un sistema lójico de doctrinas jurídicas. Una vez que por la resolucion de una controversia parcial, en un litijio dado, se formulase un principio, una interpretacion, una regla, este acuerdo facilitaria la discusion de otros litijios en que se presentase la misma controversia: no sería, a la verdad, una norma obligatoria



para los acuerdos futuros; pero tendria a lo ménos un influjo moral poderoso. I si por acaso ocurriese que en diferentes judicaturas o una misma expresasen en diferentes especies opiniones contrarias sobre algun punto de derecho, sería propio de su sabiduría solicitar una decision de la lejislatura, exponiéndole los fundamentos en pro i en contra de cada opinion; i de esta manera lo que ántes ha sido una decision aislada, una regla fluctuante, pasaria a ser una norma invariable, un texto legal. Por este medio, se ha ilustrado i enriquecido la jurisprudencia de las naciones cultas. I por un medio análogo, llegó Roma a fundar un cuerpo de doctrina jurídica, que dió a la jurisprudencia un carácter científico, i es todavía la antorcha de la humanidad en la lejislacion civil.

Las opiniones que hemos emitido en este artículo, pudieran recibirse con desconfianza, si fuesen nuevas; pero no lo son. Léase el artículo *Jugement* en la *Encyclopedie* de Courtin. Ademas, los inconvenientes que pudieran alegarse contra el procedimiento que se prescribe en el proyecto, segun ha sido enmendado en la cámara de senadores, militarian con mucha mas fuerza contra lo que se observa en los acuerdos de los tribunales franceses, donde en las dispersiones de votos, las minorías están obligadas a plegarse a una de las dos mayorías *relativas*. I obsérvese de paso que esta regla del enjuiciamiento frances deja un vacío notable. En el caso de ser seis los vocales i de emitirse tres opiniones diversas, cada una de las cuales contase dos votos, ¿qué se haria? La seccion de lejislacion del tribunado observó con este motivo que en la regla precedente no estaban previstos todos los casos; pero que en esta materia no era posible tomar en consideracion todas las hipótesis imajinables, i que debia dejarse algo a la prudencia de los jueces, que, celosos en el ejercicio de sus funciones, hallarian el modo de avenirse. Esto parece poco satisfactorio. El proyecto de que se trata, no dejaria, segun creemos, ningun vacío en la lei.

(*Araucano*, año de 1850.)



PRELACION DE CRÉDITOS *

La graduacion de los acreedores cuando los bienes del deudor no son suficientes para el desempeño de todas sus obligaciones, es materia de tan alta importancia para la agricultura i el comercio, para la conservacion de las familias i el fomento del crédito, para el estado i los particulares, como es difícil conciliar en ella los varios intereses que la lei es llamada a protejer.

De aquí la diverjencia que en esta parte de la lejislacion se observa entre las naciones mas adelantadas, i la variedad de las innovaciones sucesivas con que de algun tiempo atras han procurado mejorarla; sin que por eso dejen de oírse todavía reclamaciones contra casi todos los arreglos establecidos.

Chile no ha sido de los países que han trabajado con ménos celo en este objeto. La lei de 31 de octubre de 1845, señalando distintamente las causas de prelacion, demarcando sus límites i grados, despojando del carácter de escritura pública documentos destituidos de verdadera autenticidad; sancionando la doctrina de nuestra jurisprudencia que declaraba intransmisibles a terceros las hipotecas no rejistradas, i por consiguiente aun las jenerales creadas por la lei; aboliendo las hipotecas jenerales estipuladas, que ahogaban el crédito;

* Mensaje con que el presidente de la república, don Manuel Montt, i el ministro de justicia, don Silvestre Ochagavía, remitieron al congreso el 31 de julio de 1852 el proyecto de lei sobre prelacion de créditos que llegó a ser la lei de 25 de octubre de 1854.

igualando en rango las hipotecas legales i las especiales, que desde entónces empezaron a concurrir entre sí en el órden de sus fechas; coartando de este modo las exajeradas i odiosas preferencias del fisco i de la dote, zanjó a lo ménos las bases de un sistema sencillo i preciso, cuyos buenos efectos hubieran podido apreciarse mejor, sin la lenta i complicada tramitacion de los concursos, que los ha hecho en gran parte ilusorios.

Tócanos ahora revisar esa lei, correjir sus imperfecciones, llenar sus vacíos, mejorarla, trabajando en el mismo sentido. El presente proyecto es el resultado de las meditaciones que el gobierno ha dedicado a este asunto.

Se ha principiado por el catálogo de aquellas partes de los bienes de un deudor, a las que, por motivos de justicia, de interes público i de humanidad, no se extiende la accion de los acreedores. Se han reducido estas excepciones a los límites mas estrechos que admiten, como es fácil verlo comparando el artículo 1.° de la lei de 1845 con el del presente proyecto.

La publicidad, la especialidad de las garantías que, favoreciendo a un crédito, ponen una parte de las facultades del deudor fuera del alcance de los demas acreedores, i la imposibilidad de colusiones fraudulentas, formarian un tipo perfecto en el arreglo de que se trata; pero esta es una perfeccion ideal a que solo es dado acercarse mas o ménos, i a que nunca probablemente llegará la lejislacion, miéntras duren las bases en que descansa ahora la organizacion de la sociedad.

Las causas de prelacion en los créditos se han reducido en este proyecto a dos, el privilejio i la hipoteca, suprimiéndose la clase de acreedores escriturarios, desconocida en casi todas las lejislaciones europeas. La española i la del canton de Vaud son las únicas excepciones de que tengo noticia. La escritura pública, que la lei de 1845 dejó subsistir entre las causas de preferencia, reune cuantos vicios pueden hallarse en oposicion con el tipo que acabo de bosquejaros: existencia oscura, gravámen indefinido, facilidad de colusiones i fraudes. Para conservarla, era necesario que se apoyase en razones poderosísimas de justicia o de interes público, i no encuentro ninguna que la recomiende. El acreedor que no se ha constituido una

prenda específica en los bienes de su deudor, le deja en libertad para contraer todos los nuevos empeños que quiera. Si la prioridad de fecha, que es todo el significado de la escritura, no le ata las manos para enajenar o hipotecar sus bienes, sustrayéndolos así al fondo comun de los acreedores en jeneral, mucho ménos deberá impedirle que contraiga nuevas obligaciones que no menoscaban ese fondo i solo aumentan el número de los partícipes, concurriendo con otras obligaciones sin degradarlas. La primacía de la escritura pública sobre el simple vale o quirógrafo constituye en sustancia una segunda i numerosísima clase de hipotecas ocultas; i son demasiado graves los inconvenientes de la primera, la de las hipotecas legales, para que sea permitido conceder a la escritura pública un rango que ningun principio justifica. La lei de 1845 suprimió la hipoteca jeneral estipulada; pero, conservando un lugar preferente al instrumento público, no hizo mas que colocarla en un rango inferior al de las hipotecas legales especiales. Allí se mantiene escondida, i como en asechanza, contra los acreedores comunes; i para ser consecuentes, debemos arrojarla de este último asilo.

Los privilejios no se prestan a las condiciones de un arreglo perfecto; pero los jenerales son casi siempre de poca monta; sus causas, manifiestas; su número, limitado: los otros afectan solamente determinadas especies. En el proyecto de lei que os presento, se ha procurado disminuir en lo posible el gravámen que imponen. Se ha variado el órden de los privilejios jenerales: la piedad relijiosa hacia los difuntos, los sentimientos de humanidad hacia el deudor desgraciado en las angustias de la enfermedad i la muerte, i una justa consideracion a la escasa fortuna de los que viven de su salario i a los que suministran al fiado, artículos necesarios de subsistencia, ha parecido que debian ocupar un lugar preferente al de los impuestos fiscales i municipales. Se han suprimido entre los privilejios jenerales, el de la habitacion del deudor, que hasta cierto punto se suple por el especial de los arrendadores; i entre los de esta segunda clase, el del vendedor de ganado o de mercaderías conocidas, difíciles de justificar i expuestos a graves abusos.

El privilejio del arquitecto i refaccionador abre una ancha puerta a créditos exajerados o ficticios, como lo ha manifestado la experiencia en los países que le han dado lugar. En algunas partes, se ha tratado de remediar este mal por medio de reconocimientos i avalúos, ántes i despues de la edificacion o refaccion; trabas que encontrarian una porfiada resistencia en nuestros hábitos, i embarazarian no poco la activa industria que engrandece i hermosea nuestras principales ciudades. Se ha juzgado preferible abolir un privilejio que necesita de tan onerosas precauciones. Se han borrado tambien del catálogo de los especiales el del vendedor de una finca i el del que ha prestado dinero para su compra: uno i otro pueden, por medio de la hipoteca especial, constituirse en la misma finca una prenda que les garantice su crédito.

Privilejios de mas importancia que los referidos, i jeneralmente reconocidos en los códigos comerciales modernos, se echaban de ménos en la lei de 1845, i he creído conveniente incorporarlos en el presente proyecto. Tal es el del comisionista o consignatario sobre las mercaderías que se le han remitido para que las venda por cuenta del comitente. Debe observarse que en ninguna parte se concede este privilejio, sino sobre las consignaciones que se hacen de otros puntos del mismo estado o de país extranjero. Es, pues, sin ejemplo la disposicion del artículo 10, que lo extiende aun a comisiones de venta dentro de una misma plaza, cuando el que las conduce o las recibe de afuera, ántes de administrarlas o de depositarlas en almacenes propios, las pone a la órden de otra persona para su expendio. Pero con esta limitacion he creído que semejantes comisiones eran enteramente análogas a las consignaciones de afuera. Ellas son, por otra parte, frecuentísimas en nuestros puertos, i ceden en beneficio de los agricultores chilenos que llevan sus frutos a una plaza de comercio, i de los sobrecargos extranjeros que carecen de establecimientos i conexiones en el país. Considerada detenidamente la materia, he deferido a los votos del comercio, que reclamaba con instancia esta ampliacion del privilejio.

Otro vacío que se notaba en esta parte de la lei de 1845, era

el de los privilejios marítimos, que vereis enumerados por el órden de su preferencia relativa en el artículo 11.

La hipoteca legal, absolutamente necesaria para la proteccion de intereses preciosos encomendados a manos extrañas, adolece de inconvenientes graves; pero que, segun se halla establecida entre nosotros, no son comparables con los que de ella se orijinan en otras naciones. En Chile, donde no pasa a terceros, no es una verdadera prenda, sino un privilejio jeneral, que solo por su rango se diferencia de los que tienen este nombre; un privilejio que recae sobre todo el patrimonio, i que espira instantáneamente por el ministerio de la lei en las especies que el deudor enajena. No siendo, pues, una causa de inseguridad para las personas a quienes el deudor trasfiere su dominio sobre cualquiera parte de sus bienes, es mucho ménos imperiosa en Chile la necesidad de rejistrarla. Por otra parte, anotar en un rejistro hipotecario las propiedades que grava, sería, sobre imposible, ilusorio. ¿Dónde i cómo inscribir los muebles, las cosas funjibles, los derechos incorporales; elementos tan fluctuantes, tan fujitivos i de tan varias especies; elementos que carecen de una localidad fija que determine la de su rejistro, i lo señale a las personas interesadas en averiguar las garantías a que están afectos; elementos que forman siempre una parte considerable del patrimonio, i en la gran mayoría de los casos todo él? Cuando por una suposicion imposible imajinásemos efectuada esa inscripcion, ¿qué se ganaria con ella? Nos daria a lo sumo el catálogo de todos los bienes o de ciertos bienes de un individuo, en un momento dado, i suministraria antecedentes de mui poco valor para el porvenir.

No siendo, pues, aplicable a las hipotecas legales la inscripcion a que se prestan las especiales, se ha deseado atenuar este mal, poniendo a el alcance del público por medio de un rejistro hipotecario, ya que no los bienes gravados por la hipoteca legal, las responsabilidades que pesan sobre ellos, i las personas responsables. Se ha propuesto, por ejemplo, la inscripcion de las escrituras de dote, de las capitulaciones matrimoniales, de los discernimientos de tutelas i curadurías. En

cuanto a las personas obligadas, el matrimonio, el empleo, la tutela o curaduría son casi siempre hechos notorios de que mui pocos tendrian necesidad de ir a cerciorarse en un rejistro hipotecario. I por lo que toca a los bienes i derechos garantidos, tropezamos aquí con los mismos inconvenientes que en la inscripcion de las propiedades afectas. El caudal de la mujer casada, del pupilo, es un conjunto de bienes i derechos de todas clases, que exijirian inscripciones complicadas, minuciosas, en una palabra, imposibles. Ese caudal varía continuamente de cantidad i de forma: el cuadro que lo representase en un momento dado, no serviria para una época posterior.

¿Se limitará la inscripcion a los bienes raíces? Quedarán inseguras en una parte considerable de sus derechos, i las mas veces en todos ellos, las personas favorecidas por la lei. ¿I a quién se impondria la obligacion del rejistro? No podria ser sino a los padres, a los maridos, a los tutores i curadores. I si omitida la inscripcion caducase la hipoteca, haríamos recaer sobre el inocente el castigo de la culpa o neglijencia ajena.

A lo que en esta materia puede aspirar el lejislador con alguna esperanza de buen suceso, es a extirpar o minorar el notorio abuso que se hace de la hipoteca legal para sustraer a los verdaderos i lejítimos acreedores una parte de los bienes del deudor a la sombra de créditos forjados en la oscuridad, de dotes imajinarias, por ejemplo. Pero creo que este objeto no puede alcanzarse por inscripciones hipotecarias. Me parece necesario ocurrir a providencias lejislativas de otra clase; i tal es el fin que me he propuesto en los artículos 17 i 18. El primero dispone que no se reconozcan como bienes de la mujer casada, garantidos por su hipoteca legal, sino aquéllos de que haya constancia por algun instrumento público que justifique su dominio. Exceptúanse los bienes raíces aportados al matrimonio, en los cuales no cabe fraude, i los derechos i acciones que le competan por dolo o culpa del marido; derechos i acciones que no son susceptibles de presentarse bajo una forma auténtica, i en que debemos resignarnos a que se prueben de cualquier modo fehaciente. El artículo 18 aplica las mismas disposiciones a otras hipotecas legales.

Los documentos que allí se exijen, no tienen nada de insólito, si se exceptúa el inventario de los bienes muebles de la mujer ántes de casarse; instrumento importante, no solo para la materia que nos ocupa, sino bajo otros respectos, que no es necesario indicaros. Las disposiciones de los artículos 17 i 18 tenderian a extender el uso de las que se llaman en la ciencia de la lejislacion *pruebas preconstituidas*, destinadas a deslindar de antemano derechos que se hallan amenudo en conflicto, i a precaver desacuerdos i litijios. Este es un beneficio colateral, cuyo valor apreciareis.

Se objetará que esta forma de garantir dejará en descubierto algunos de los bienes i derechos de las personas que gozan de hipotecas legales. Creo que serán de mui poca importancia, comparados con el grave mal de los créditos espurios a que estas hipotecas suelen dar cabida. Se dirá tambien que no debe hacerse recaer sobre la mujer, sobre el pupilo, sobre el demente, la falta de un instrumento público, que no pudieron otorgar ni exijir. Pero tales documentos existen de suyo en la mayor parte de los casos: testamentos, inventario i tasacion de bienes heredados, escrituras de venta de bienes raíces, inventario de los tutores i curadores ántes de entrar en la administracion de sus cargos, sentencias de adjudicacion, etcétera. En el que hace una donacion cuantiosa, en el que constituye una dote, debe presumirse el deseo de asegurar estos beneficios a la persona agraciada, i es natural que recurran al medio de seguridad que la lei les ofrece. Debe observarse, finalmente, que la escritura pública no constituye aquí el privilejio, sino la prueba, i la sola prueba posible, que merezca confianza.

Es inseparable de la hipoteca legal el inconveniente de embarazar a los obligados a ella en la expedicion de sus propios negocios, inspirando recelos, menoscabando, en una palabra, su crédito. Me ha parecido que se alijeraria de algun modo esta carga por medio del artículo 19, que les permite exonerar de su responsabilidad legal una parte determinada de sus bienes, con el consentimiento de los interesados, en la forma debida, i previo decreto judicial con conocimiento de causa; precaucion necesaria para que no peligren los intereses que la

lei ha querido amparar. El crédito del marido influye ventajosamente en la sociedad conyugal i en el bienestar de la familia. Las tutelas i curatelas, debidamente desempeñadas, son cargos onerosísimos, cuyo peso es conveniente aliviar.

La hipoteca legal puede hacerse fácilmente ilusoria. El marido, disipando sus bienes, aventurándolos en especulaciones imprudentes, pudiera dejar sin garantía los intereses de la mujer. Hallaríanse comprometidos de la misma manera los bienes de los menores, i de las personas todas en tutela o curaduría, cuando a la hipoteca legal no se juntase la fianza. La conversion de una parte mas o ménos grande de la hipoteca legal en especial, en los términos del artículo 20, es el único medio de alejar este inconveniente. Para los peligros inminentes, han prevenido las leyes el remedio de la separacion de bienes de la mujer i la remocion de los tutores i curadores. Pero no por eso es superflua una precaucion que se anticipa a los casos extremos i podrá a veces precaverlos.

La parte de este proyecto que recomiendo mas particularmente a vuestra atencion, es la concerniente a la hipoteca especial, que es la prenda por excelencia, la garantía que por su publicidad i especialidad reune todas las ventajas i está libre de todos los inconvenientes, i el aliciente mas poderoso para atraer los capitales a la propiedad territorial. Rodear a esta garantía de todas las seguridades, alejar de ella todos los peligros posibles, es disminuir la cuota del interes, actualmente ruinosa para los especuladores que necesitan de capitales ajenos, es promover del modo mas eficaz la industria, i en particular la primera de las industrias en nuestro país, la industria agrícola. Las disposiciones en que me ha parecido que podia consultarse este objeto, se apoyan, prescindiendo de su importancia práctica, en un principio de nuestro derecho civil: *la hipoteca especial es una especie de enajenacion.*

Las consecuencias que fluyen de este principio, son obvias: la enajenacion sustrae los bienes del deudor a la hipoteca legal; la hipoteca especial debe producir igual efecto. Segun la lei de 1845, las hipotecas especiales preceden hoi a las legales de fecha posterior; segun el proyecto que os presento, deben

preceder aun a las legales anteriores. La finca especialmente hipotecada no contribuye al hipotecario jeneral, sino despues de satisfechas las responsabilidades específicas que la gravan.

Hai lejislaciones, como la de Inglaterra, en que el principio de que acabo de hablaros es absoluto, i no se concede al deudor o al concurso, sino el derecho de redimir la finca hipotecada, pagando la totalidad del crédito con los intereses vencidos hasta la fecha del rescate; i si no se ejercita este hecho dentro de ciertos plazos, la propiedad de la finca se radica irrevocablemente en el acreedor hipotecario. Para imitar este ejemplo, sería menester que derogásemos leyes terminantes, i a mi parecer mas equitativas. Al deudor, o al concurso que se subroga en sus derechos, se le conserva en parte la propiedad de la finca; i cubiertos los créditos que la afectan, vuelve el sobrante al deudor o entra en el fondo comun de los acreedores concursantes. Ademas, la hipoteca especial no tiene cabida, sino despues de los créditos privilejiados; i si el hipotecario jeneral no alcanza a cubrirse con los bienes libres, se le concede una accion en subsidio contra las fincas gravadas con hipotecas especiales posteriores (artículos 22 i 23).

Otra consecuencia del mismo principio es la disposicion del artículo 33, que permite someter la finca a un concurso parcial separado todas las veces que el acreedor hipotecario lo exija. Pero una mera deduccion lójica, que parecerá talvez demasiado sutil, no apoyaria suficientemente la disposicion, si no la recomendase tambien la utilidad jeneral de la sociedad, íntimamente ligada al fomento del crédito. Por este medio, se salva al acreedor hipotecario de los perjuicios consiguientes a la demora de los concursos, que se prolongan las mas veces muchos años, manteniendo en forzada esterilidad los capitales prestados, alejando los otros, desvirtuando la mas eficaz de las garantías que conoce el comercio, i haciendo subir desmesuradamente el precio a que vende el capitalista el uso de sus fondos.

Hai una regla que domina toda la materia de las preferencias especiales, i que, dejando de observarse en las hipotecas de esta clase, no ha contribuido poco a desprestijiarlas. Es preciso confesar que la redaccion ambigua de un artículo de

la lei de 1845 (el 16) prestaba un fundamento demasiado plausible a una práctica que siempre me ha parecido opuesta a los verdaderos principios. Las varias fincas hipotecadas especialmente no deben formar un fondo comun en que concurran indistintamente los acreedores hipotecarios segun el órden de sus fechas. Cada prenda debe considerarse como circunscrita a la especie en que está constituida; i no debe ceder en ella, sino a las prendas mas antiguas constituidas en la misma especie, a los privilejios particulares que determinadamente la afectan, i a los privilejios jenerales. Si el crédito prendario no alcanza a cubrirse con su especie, carece de todo derecho para ejercer su prelacion en detrimento de prendas constituidas en otras especies, cualquiera que sea su fecha; el déficit entra en el catálogo de los créditos que no tienen título alguno de preferencia, i corre la misma suerte que éstos. Se ha inculcado con escrupulosa claridad esta regla en varios artículos.

Excuso mencionar otras disposiciones, porque creo que su conveniencia aparecerá a primera vista, i si fuere necesario, podrá esclarecerse en el debate.

La revision de la lei del juicio ejecutivo, en todas sus partes, es una necesidad imperiosa para el fomento del crédito; pero la materia es demasiado vasta para que puedan tocarse por incidencia las reformas que pide; i por ahora he creido que debia limitarme a las contenidas en el presente proyecto, reclamadas urjentemente por el comercio. Es probable que las innovaciones que ahora os propongo exijirán mas adelante explicaciones i disposiciones auxiliares que las desarrollen, i remuevan obstáculos imprevistos. Pero esta es la marcha obligada de la lejislacion; i no han procedido de otra manera en la materia del réjimen hipotecario los pueblos cuyas instituciones sirven de modelo al mundo. No una copia servil, sino una adaptacion de ellas a nuestras especialidades, es la obra a que somos llamados, i a que deseo ardientemente contribuir presentándoos, con acuerdo del consejo de estado, el presente proyecto de lei.

PREÁMBULO DEL CÓDIGO CIVIL *

Muchos de los pueblos modernos mas civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que esta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo i perfecto que se suponga un cuerpo de lejislacion, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilizacion, las vicisitudes políticas, la inmigracion de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos, i sus aplicaciones a las artes i a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes i contradictorios, dándoles consistencia i armonía i poniéndolos en relacion con las formas vivientes del órden social.

Los ensayos de esta especie que se han hecho de un siglo a esta parte, i sus resultados jeneralmente felices, nos animaban a emprender una obra semejante, con la ventaja de podernos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia i por una larga experiencia. Hace años que, como sabeis, se puso la mano a ella. Presentado, por fin, el proyecto, lo sometí al exámen de una comision de sabios majistrados

* Mensaje con que el presidente de la república, don Manuel Montt, i el ministro de justicia, don Francisco Javier Ovalle, remitieron al congreso el 22 de noviembre de 1855 el proyecto de Código Civil.

i jurisconsultos que se ha dedicado al desempeño de este encargo con un celo i asiduidad de que no se habia visto ejemplo entre nosotros en casos análogos.

Desde luego concebireis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero, en lo que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones. Os haré una breve reseña de las mas importantes i trascendentales.

Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de lei.

El tiempo es un elemento de tanta consecuencia en las relaciones jurídicas, i ha dado motivo a tantas diverjencias en las decisiones de las judicaturas i en la doctrina de los jurisconsultos, que no se ha creído superfluo fijar reglas uniformes, a primera vista minuciosas, para determinar el punto preciso en que nacen i espiran los derechos i las obligaciones en que este elemento figura.

Acerca del nacimiento i extincion de la personalidad, se han establecido, como en casi todos los códigos modernos, reglas absolutas, o en otros términos, presunciones contra las cuales no se admite prueba. Sobre la presuncion de muerte en el caso de larga ausencia, a la que en este proyecto se da entónces el nombre de *desaparecimiento*, distinguiendo así dos estados jurídicos de mui diversa naturaleza, se echan de ménos disposiciones precisas i completas en nuestros cuerpos legales; i se ha procurado llenar este vacío copiando la lejislacion de otros pueblos, pero con diferencias sustanciales. En jeneral, se ha disminuido el tiempo de la posesion provisoria en los bienes del desaparecido. Las posesiones provisorias embarazan la circulacion i mejora de los bienes, i no deben durar mas que lo necesario para protejer racionalmente los derechos privados que puedan hallarse en conflicto con los intereses jenerales de la sociedad. Por otra parte, la facilidad i rapidez de las comunicaciones entre países distantes se han aumentado inmensamente en nuestros dias; i ha crecido en la misma proporcion

la probabilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia i de sus intereses, o ha dejado de existir, o ha querido cortar los vínculos que la ligaban a su domicilio anterior. Admitida la falibilidad de las presunciones legales en circunstancias extraordinarias, se ha procurado proveer de algun modo a estos rarísimos casos.

La promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es en este proyecto un hecho que se somete enteramente al honor i conciencia de cada una de las partes, i no produce obligacion alguna ante la lei civil.

Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decision sobre la validez del matrimonio; i se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es tambien ante la lei civil; sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese de perniciosas consecuencias sociales i domésticas, aunque la autoridad eclesiástica hubiese tenido a bien permitirlo por consideraciones de otro órden, relajando a su pesar las reglas ordinarias en circunstancias excepcionales.

Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos; i se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos respectos. Si se suprimen los privilejios de la dote, i cesa de todo punto la antigua clasificacion de bienes dotales i parafernales llevando adelante la tendencia de la jurisprudencia española, i si la hipoteca legal de la mujer casada corre la suerte de las otras hipotecas de su clase, pues que segun el presente proyecto deja de existir i tocará de una vez el término a que las previsiones de la lejislatura han caminado desde el año de 1845; en recompensa, se ha organizado i ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separacion de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces a la conservacion de los bienes raíces de la mujer en manos del marido.

La filiacion es lejítima, natural o simplemente ilejítima. En cuanto a los hijos ilejítimos concebidos en matrimonio verdadero o putativo, el presente proyecto no difiere sustancialmente de lo establecido en otras lejislaciones, inclusa la nuestra. En cuanto a los lejitimados por matrimonio posterior a la concepcion (única especie de lejitimacion que admite el proyecto), el sistema adoptado en éste combina las reglas del derecho romano, del canónico i del código civil frances. En el derecho romano, al que se casaba con la concubina, se exijia para la lejitimacion de los hijos habidos en ella, el otorgamiento de escritura, no para que valiese el matrimonio, pues éste se contraia por el solo consentimiento, sino para que constase que la concubina pasaba a la categoría de mujer lejítima, i si existian hijos, *cuáles de ellos se lejitimaban.* Esta es la doctrina de los mas ilustres intérpretes de la lei romana. De que se colije que la lejitimacion era voluntaria por parte de los padres; i no se extendia a todos los hijos habidos en la concubina, sino a los que el padre queria. Era asimismo voluntaria de parte de los hijos, pues sin su consentimiento no podian hacerse *alieni juris*, ni asociarse a la condicion de un padre talvez de mala fama i perversas costumbres. Estos dos principios, lejitimacion otorgada por instrumento público, lejitimacion voluntariamente concedida i aceptada, se han adoptado en el proyecto, exceptuando solamente dos casos: el hijo concebido ántes del matrimonio, i nacido en él, i el hijo natural, esto es, el ilejítimo que ha sido ántes reconocido formal i voluntariamente por el padre o madre, quedan *ipso jure* lejitimados por el matrimonio subsecuente.

La calidad de hijo lejítimo es una de las mas importantes que el derecho civil ha creado. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo ménos despues de sus dias? ¿Penetrará la lei en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, i les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presuncion de paternidad, que es el privilejio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de

una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de lejitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? I suponiendo que éste crea suya la prole ilejítima, ¿será obligado a lejitimar un hijo o hija de malas costumbres, i se le pondrá en la alternativa, de no casarse o de introducir en su familia un jérmen de inmoralidad i depravacion? I el hijo, por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, i a poner la administracion de sus bienes, en manos de un hombre perdido? El derecho canónico relajó en esta parte los principios del romano; pero a la potestad temporal es a la que toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles.

El código de las *Partidas* confiere la lejitimacion *ipso jure*, pero solo al hijo de barragana, al hijo natural. En esta parte, está de acuerdo con ella el presente proyecto.

Es una consecuencia forzosa de los principios antedichos que la lejitimacion se notifique i acepte formalmente. En cuanto al tiempo de su otorgamiento, se ha seguido al código frances i otros modernos, pero con ménos rigor. No se ha encontrado gran fuerza a las objeciones que a primera vista se ofrecen contra la confeccion de un instrumento en que los esposos consignan su propia flaqueza. Este es un sacrificio exijido por el órden social, la justa expiacion de una culpa. Por otra parte, el otorgamiento no dice nada que no revele mucho mas elocuentemente la presencia de los lejitimados en la familia paterna. Sobre todo, ha parecido de suma necesidad un acto auténtico que ponga a cubierto de toda reclamacion los derechos i obligaciones recíprocas de los lejitimados i lejitimantes. La existencia de documentos preconstituidos es un objeto que no se ha perdido de vista en otras partes de la lejislacion civil, como el mejor medio de precaver controversias i de discernirlas.

Se ha sujetado a formalidades análogas el reconocimiento voluntario de los hijos habidos fuera de matrimonio, que toman en este caso la denominacion legal de hijos naturales, i adquieren importantes derechos.

En cuanto a los ilejítimos, que no obtienen este reconoci-

miento espontáneo de su padre o madre, no se les otorga otro derecho, que el de pedir alimentos, sin que para obtenerlos se les admita otra prueba, que la confesion del padre; condicion dura a primera vista, pero justificada por la experiencia de todos los países, sin exceptuar el nuestro. Mas severos han sido todavía el código frances i otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagacion de la paternidad. Ni se ha vedado, sino en raros casos, la investigacion de la maternidad por los medios ordinarios, aunque para igualar en esta parte al padre i la madre no faltarian razones gravísimas que un ilustre jurisconsulto, el presidente de la comision redactora del código civil español, ha hecho valer con mucha verdad, sensatez i filosofía.

La mayor edad, fijada a los veinte i cinco años, emancipa por el ministerio de la lei al hijo de familia. Esto solo mejoraria ya entre nosotros su condicion, pues, como sabeis, no hai por la sola edad límite alguno para ese estado de dependencia segun las leyes romanas i patrias. Varios códigos modernos han abreviado mucho mas la duracion de la potestad paterna; pero, si en este punto no ha parecido conveniente imitarlos, en recompensa se la ha hecho mucho ménos restrictiva i onerosa, dando al mismo tiempo un eficaz aliciente al estudio i a la industria en las primeras épocas de la vida. Se exime del usufructo que las leyes conceden al padre sobre los bienes del hijo todo lo que éste adquiera en el ejercicio de una profesion, de un oficio, de una industria cualquiera; i bajo este respecto se le reviste de una verdadera i casi independiente personalidad, que se extiende por supuesto a los menores emancipados miéntras se hallan bajo curaduría.

Se han definido con precision las diferentes especies de guardas; las causas que inhabilitan o excusan de ejercer estos cargos, sus facultades administrativas, sus deberes, sus emolumentos, sus responsabilidades.

En cuanto al dominio, uso i goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes i benéficos resultados. Segun el proyecto que os presento, la tradicion del dominio de bienes raíces i de los demas derechos reales

constituidos en ellos, ménos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripcion en un rejistro semejante al que ahora existe de hipotecas i censos, que se refundirá en él. Se trata, en efecto, de una nueva fusion del réjimen hipotecario, asociando dos objetos que tienen entre sí un enlace íntimo, o que, por mejor decir, se incluyen uno en otro: dar una completa publicidad a las hipotecas, i poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales.

En cuanto a lo primero, puede decirse que no se ha hecho mas que llevar a su complemento las disposiciones de las leyes de 31 de octubre de 1845, i 25 de octubre de 1854, i dar su verdadero nombre al órden de cosas creado por la segunda. En virtud del artículo 15 de ésta, las hipotecas especiales prefieren a las legales de cualquiera fecha, las cuales, excluyéndose unas a otras segun las fechas de sus causas, prefieren solamente a los créditos quirografarios. Desde que, entre nosotros, la hipoteca legal ni impedia al deudor enajenar parte alguna de sus bienes, ni era dado perseguirla contra terceros poseedores, dejó verdaderamente de ser un *peño*, i por consiguiente una hipoteca. Lo único que en cierto modo justificaba este título, era la circunstancia de concurrir con las hipotecas especiales. Abolida esta prerrogativa por el citado artículo 15, la denominacion era del todo impropia. Ha parecido, pues, conveniente suprimirla. No se conoce en este proyecto otra especie de hipoteca que la ántes llamada *especial*, i ahora simplemente *hipoteca*. Por lo demas, los que gozaban del beneficio de la hipoteca legal se hallan exactamente en la situacion en que los colocó la lei de 25 de octubre.

En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio mas sencillo era hacer obligatoria la inscripcion de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las trasmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones i la constitucion de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia i transmision de dominio, la constitucion

de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exijen una tradicion; i la única forma de tradicion que para esos actos corresponde es la inscripcion en el rejistro conservatorio. Miéntras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones i derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningun derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripcion es la que da la posesion real, efectiva; i miéntras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee; es un mero tenedor. Como el rejistro conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesion mas pública, mas solemne, mas indisputable, que la inscripcion. En algunas lejislaciones, la inscripcion es una garantía, no solo de la posesion, sino de la propiedad; mas para ir tan léjos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad i valor de sus títulos; i claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirian multiplicados i embarazosos procedimientos judiciales, i muchas veces juicios contradictorios, costosos i de larga duracion. No dando a la inscripcion conservatoria otro carácter que el de una simple tradicion, la posesion conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrian extinguirse por la prescripcion competente. Pero, como no solo los actos entre vivos, sino las transmisiones hereditarias, están sujetas respecto de los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripcion, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos i al abrigo de todo ataque. La inscripcion sería desde entónces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querian llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirian un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

Son patentes los beneficios que se deberian a este órden de cosas: la posesion de los bienes raíces, manifiesta, indisputable,

caminando aceleradamente a una época en que *inscripcion*, *posesion* i *propiedad*, serian términos idénticos; la propiedad territorial de toda la república a la vista de todos, en un cuadro que representaria, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas i divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado i susceptible de mobilizarse.

La institucion de que acabo de hablaros, se aproxima a lo que de tiempo atras ha existido en varios estados de Alemania, i que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia.

Acerca de la posesion, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura ménos embarazosa i ambigua, que la que al presente existe. Toda posesion es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca, sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero, como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitacion, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real, ni ostensiblemente, el dominio de ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real i por consiguiente susceptible de posesion. Pero el arrendatario de una finca nada posee; no goza mas que de una accion personal para la conservacion de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es mas que un representante del verdadero poseedor, ni inviste mas que la simple tenencia. Así los términos *posesion civil*, *posesion natural*, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras *posesion* i *tenencia*, contrastan siempre en él; la posesion es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesion puede ser *regular* o *irregular;* aquélla, adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título i buena fe; la segunda, sin alguno de estos requisitos. Toda posesion

es amparada por la lei; pero solo la posesion regular pone al poseedor en el camino de la prescripcion adquisitiva. Tal es el sistema del proyecto; sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las dos especies de posesion; conservando siempre una i otra el carácter jenérico que consiste en la investidura de un derecho real.

Entre las varias desmembraciones del dominio, se ha prestado una atencion particular a la que lo limita por una condicion que, verificada, lo hace pasar a otra persona, la cual lo adquiere irresoluble i absoluto. El usufructo i la propiedad fiduciaria, la propiedad que por el cumplimiento de una condicion espira en una persona para nacer en otra, son, pues, dos estados jurídicos que contrastan: en el uno, la terminacion es necesaria; en el otro, eventual. Aquél supone dos derechos actuales coexistentes; el segundo, uno solo, pues si por una parte supone el ejercicio de un derecho, no da por otra sino una simple expectativa, que puede desvanecerse sin dejar rastro alguno de su existencia; tal es la constitucion del fideicomiso, en la que, si hai poco o nada de orijinal en el proyecto, se ha pretendido a lo ménos caracterizar los dos estados jurídicos de manera que no se confundan, dar reglas claras de interpretacion para las disposiciones que los establecen, i enumerar sus varios i peculiares efectos.

Consérvase, pues, la sustitucion fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanacion del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones i condiciones que quiera. Pero, admitido en toda su extension este principio, pugnaria con el interes social, ya embarazando la circulacion de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos i mejorarlos que tiene su mas poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, i con la facultad de transferirlos libremente entre vivos i por causa de muerte. Se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohiben las sustituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas; excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido, por

consiguiente, todo lo relativo al órden de sucesion en las vinculaciones. En el censo mismo, se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial i odioso.

Es una regla fundamental en este proyecto la que prohibe dos o mas usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos i otros embarazan la circulacion i entibian el espíritu de conservacion i mejora, que da vida i movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin, es la que limita la duracion de las condiciones suspensivas i resolutorias, que en jeneral se reputan fallidas si tardan mas de treinta años en cumplirse.

En la interesante materia de las servidumbres, se ha seguido, se puede decir, paso a paso, al código civil frances. Para la servidumbre legal de acueducto, nos ha servido principalmente de modelo el código civil de Cerdeña, único, creo, de los conocidos que ha sancionado el mismo principio que nuestro memorable decreto de 18 de noviembre de 1819, que ha avasallado a la agricultura tantos terrenos que la naturaleza parecia haber condenado a una esterilidad perpetua. Pero en este punto, como en todo lo que concierne al uso i goce de las aguas, el proyecto, como el código que le ha servido de guia, se ha ceñido a poco mas que sentar las bases; reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades.

La sucesion intestada es en lo que mas se aparta de lo existente este proyecto. El derecho de representacion no tiene cabida, sino en la descendencia lejítima del representado, ni en otra descendencia que la de los hijos o hermanos lejítimos o naturales del difunto, descendiendo la representacion a todos los grados i no perjudicando a ella la circunstancia de no haber tenido el representado derecho alguno que trasmitir; basta que por cualquiera causa no haya participado de la herencia.

Se ha mejorado notablemente la suerte del cónyuje sobreviviente i de los hijos naturales. Al cónyuje sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentacion, se le

asegura una no corta porcion en el patrimonio del difunto, al modo que se hace en la lejislacion que hoi rije, pero igualando el viudo a la viuda; lo que, si ántes de ahora se ha observado alguna vez, ha sido solo en fuerza de una interpretacion injustificable de la lei romana i española. Ademas de esta asignacion forzosa, que prevalece aun sobre las disposiciones testamentarias, i que se mide por la lejítima rigorosa de los hijos lejítimos cuando los hai, el cónyuje es llamado por la lei a una parte de la sucesion intestada, cuando no hai descendientes lejítimos; al todo, cuando no hai ascendientes, ni hermanos lejítimos, ni hijos naturales del difunto. Los hijos naturales colectivamente, i el cónyuje, gozan de derechos iguales en la sucesion intestada.

La incapacidad de sucederse unos a otros los que se han manchado con un ayuntamiento dañado i punible, no desciende a la inocente prole de esta conexion criminal; i los derechos de los colaterales a la sucesion intestada llegan solamente al sexto grado.

En cuanto a lejítimas i mejoras, la mitad de lo que habria cabido a cada uno de los lejitimarios o herederos forzosos sucediendo *ab intestato*, forma su lejítima rigorosa, que se puede aumentar considerablemente, pero no disminuir ni gravar en ninguna manera. No teniendo descendientes lejítimos, que personal o representativamente le sucedan, puede cualquiera persona disponer libremente de la mitad de su patrimonio; en el caso contrario, solo la cuarta parte de los bienes le es lícito distribuir con absoluta libertad; la cuarta restante debe invertirse en mejoras, esto es, en favor de uno o mas de sus descendientes lejítimos, a su arbitrio. Por lo demas, cada persona tiene durante su vida, la facultad de hacer el uso de sus bienes que mejor le parezca; solo en casos extremos interviene la lei imputando a la mitad o cuarta de libre disposicion el exceso de lo que se ha donado entre vivos, i en caso necesario revocándolo.

Se ha creído conciliar así el derecho de propiedad con la obligacion de proveer al biestar de aquéllos a quienes se ha dado el sér, o de quienes se ha recibido. Se han omitido aque-

llas otras restricciones que tuvieron por objeto asegurar las lejítimas, i precaver en la distribucion de los bienes la desigualdad a que podian ser inducidos los padres por predilecciones caprichosas, aun cuando en ello no defraudasen verdaderamente a ninguno de los lejitimarios.

Se ha confiado, mas que en la lei, en el juicio de los padres i en los sentimientos naturales. Cuando éstos se extravían o faltan, la voz de aquélla es impotente; sus prescripciones, facilísimas de eludir; i la esfera a que le es dado extenderse, estrechísima. ¿Qué podrian las leyes, en materia de testamentos i donaciones, contra la disipacion habitual, contra el lujo de vana ostentacion, que compromete el porvenir de las familias, contra los azares del juego, que devora clandestinamente los patrimonios? El proyecto se ha limitado a reprimir los excesos enormes de una liberalidad indiscreta, que, si no es a la verdad lo mas de temer contra las justas esperanzas de los lejitimarios, es lo único a que puede alcanzar la lei civil, sin salir de sus límites racionales, sin invadir el asilo de las afecciones domésticas, sin dictar providencias inquisitorias de difícil ejecucion, i despues de todo ineficaces.

En la determinacion de las cuotas hereditarias, cuando las disposiciones del testamento envuelven dificultades numéricas, se han seguido sustancialmente, i creo que con una sola excepcion, las reglas del derecho romano i del código de las *Partidas*. Quizá se extrañe que las del proyecto estén concebidas en fórmulas aritméticas. El lejislador de las *Partidas* no da reglas explícitas; es preciso que el juez las deduzca de los ejemplos que le presenta; jeneralizacion mas propia de la lei, que del hombre. Admitida su necesidad, no habia mas que dos medios: el de una fraseolojía que indicase vagamente el proceder aritmético, o el de fórmulas rigurosas, que por el camino mas corto posible condujesen a la resolucion de cada problema. Esto último ha parecido ménos expuesto a inexactitudes i errores; i siendo en el dia la aritmética un ramo universal de instruccion primaria, sus términos peculiares deben suponerse entendidos de todo el que haya recibido una educacion cualquiera, aun la mas comun i vulgar.

En materia de contratos i cuasi contratos, hallareis mui poco que no tenga su fuente en la lejislacion actual, que es lo mas, o en la autoridad de un código moderno, en especial el frances, o en la doctrina de alguno de los mas eminentes jurisconsultos. Se ha tenido mui presente en algunos contratos, como el de arrendamiento, la práctica del país, cuya especialidad ha parecido exijir disposiciones peculiares. La mutacion de propiedad en los inmuebles no se perfecciona, sino por un instrumento público, ni se consuma, sino por la inscripcion en el rejistro conservatorio, que, como ántes dije, es la forma única de tradicion en esta clase de bienes. Sobre la nulidad i rescision de los contratos i demas actos voluntarios que constituyen derechos, se ha seguido de cerca al código frances ilustrado por sus hábiles expositores. La novedad de mayor bulto que en esta parte hallareis, es la abolicion del privilejio de los menores, i de otras personas naturales i jurídicas, asimiladas a ellos, para ser restituidos *in integrum* contra sus actos i contratos. Se ha mirado semejante privilejio, no solo como perniciosísimo al crédito, sino como contrario al verdadero interes de los mismos privilejiados. Con él, como ha dicho un sabio jurisconsulto de nuestros dias, se rompen todos los contratos, se invalidan todas las obligaciones, se desvanecen los mas lejítimos derechos. «Esta restitucion, añade, es un semillero inagotable de pleitos injustos, i un pretexto fácil para burlar la buena fe en los contratos...» Todas las restricciones que se han querido ponerle, no bastan para salvar el mas grave de sus inconvenientes, a saber: que inutiliza los contratos celebrados guardando todos los requisitos legales, deja inseguro el dominio, i dificulta las transacciones con los huérfanos, que no suelen tener ménos necesidad que los otros hombres de celebrar contratos para la conservacion i fomento de sus intereses. Lo dispuesto sobre esta materia en el código frances, en el de las Dos Sicilias, en el sardo i en otros, es mucho mas conforme con la justicia i aun mas favorable a los mismos pupilos. Segun estos códigos, el contrato celebrado por un menor sin el consentimiento de un guardador no es nulo *ipso jure*, aunque puede rescindirse; pero el celebrado con las solemni-

dades de la lei, se sujeta a las mismas condiciones que los celebrados por personas mayores de edad. Decia el jurisconsulto Jaubert, explicando los motivos de esta disposicion: «Es indispensable asegurar completamente los derechos de los que tratan con los menores, observando las formalidades de la lei; i si esta precaucion no fuese necesaria, sería cuando ménos útil, a causa de las prevenciones inveteradas que se tienen contra los pupilos, creyéndose, i con razon, que no hai seguridad en contratar con ellos.»

En el título *De la prueba de las obligaciones*, se hace obligatoria la intervencion de la escritura para todo contrato que versa sobre un objeto que excede de cierta cuantía, pero el ámbito demarcado para la admision de otras clases de pruebas es mucho mas amplio que en otras lejislaciones, en especial la de Francia i la de Portugal, paises en que esta limitacion de la prueba de testigos es ya antigua, i ha producido saludables efectos.

No hai para qué deciros la facilidad con que por medio de declaraciones juradas pueden impugnarse i echarse por tierra los mas lejítimos derechos. Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres, que se labran un medio de subsistencia en la prostitucion del juramento. Algo tímidas parecerán bajo este punto de vista las disposiciones del proyecto; pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones, i se ha creído mas prudente aguardar otra época en que, jeneralizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a mas estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal.

Las varias especies de censos (exceptuando el vitalicio), se han reducido a una sola, i se sujetan, por consiguiente, a reglas idénticas, entre las cuales solo merecen notarse las que lo hacen divisible junto con el inmueble que afectan, i la que, constituido sobre inmuebles cuyo valor excede considerablemente al de los capitales impuestos, permite reducirlo a una parte determinada, exonerando de toda responsabilidad lo restante. Pero, al mismo tiempo se ha tomado en cuenta el interes

de los censualistas, poniendo un límite a la division que, continuada indefinidamente, haria demasiado difícil i dispendioso el cobro de los cánones, i a la vuelta de algunas jeneraciones convertiria los censos en un número infinito de fracciones imperceptibles. Si por este medio se consiguiese desalentar la imposicion de capitales a censo, se habria logrado indirectamente un gran bien. El censo vitalicio, que por su naturaleza es de corta duracion, no ofrece los inconvenientes de los otros; es el único que en este proyecto no admite ni redencion, ni reduccion, ni division.

En el contrato de sociedad, se ha creído que debíamos seguir el ejemplo de naciones a quienes un extenso comercio ha hecho conocer las verdaderas exijencias del crédito. Los miembros de una sociedad colectiva, segun el presente proyecto, responden por el valor total de las obligaciones que a nombre de ella se contraen. Se ha procurado al mismo tiempo sujetar la sociedad a reglas precisas en su administracion, i en las obligaciones de los socios entre sí i respecto de terceros. Se ha solicitado la misma especificacion i claridad en el mandato, en los contratos para las confecciones de obras i en la fianza.

Entre las convenciones lícitas, se ha dado lugar a la anticrésis. Inocente en sí misma, útil al crédito, i paliada a veces, podrá ahora presentarse sin disfraz bajo la sancion de la lei. Por punto jeneral, el código de las *Partidas* i el *Código Civil* frances, han sido las dos lumbreras que se han tenido mas constantemente a la vista. Donde ellos difieren, se ha elejido lo que mas adaptable i conveniente parecia. Se há simplificado notablemente el arreglo de la prelacion de créditos: el fomento del crédito ha sido en él la consideracion dominante. Se dividen en cinco clases los acreedores concurrentes: los que gozan de privilejio jeneral, los que gozan de privilejio sobre especies muebles; los hipotecarios; los de menores, mujeres casadas, i otras personas cuyos bienes son administrados por representantes legales; i los quirografarios. Se han abolido varios de los privilejios jenerales i especiales, i entre los últimos, todos los que recaian sobre inmuebles. Apénas es necesario deciros que no

reviven en este proyecto como créditos preferentes, ni los de hipoteca jeneral convencional, ni los escriturarios. La obra principiada por las leyes de 1845 i 1854 se ha llevado a cabo.

Innovaciones no ménos favorables a la seguridad de las posesiones i al crédito encontrareis en el título *De la prescripcion*. La de treinta años continuos rechaza todos los créditos, todos los privilejios, todas las acciones reales. Toda obligacion personal que ha dejado de exijirse en el mismo espacio de tiempo, perece. Pero esta excepcion debe siempre alegarse por el que pretende gozar de su beneficio; los jueces no pueden suplirla.

Terminaré con algunas observaciones jenerales.

En este proyecto, se hacen obligatorios los instrumentos públicos i privados (que un célebre publicista moderno ha llamado *pruebas preconstituidas)* para ciertos actos i contratos en que la lei no los exije hoi dia. A este número, pertenecen la lejitimacion por matrimonio subsecuente, i el reconocimiento de los hijos naturales, de que ya os he hablado; el discernimiento de la tutela i curatela en todos casos; el de asumir la mujer o recobrar el marido la administracion de la sociedad conyugal; la aceptacion o repudiacion de toda herencia. Se prescribe la confeccion de un inventario solemne al padre que, administrando bienes del hijo, pasa a segundas nupcias, i se impone como previa condicion el de los bienes hereditarios, cuando el heredero se propone no contraer la responsabilidad de tal, sino hasta concurrencia del valor de lo que hereda. Se exije escritura pública o privada para toda obligacion convencional que exceda de cierta cuantía. Toda mutacion de propiedad i toda constitucion de derechos reales sobre inmuebles, se sujetan a la solemnidad de un instrumento público, sin la cual no deberán producir obligaciones civiles, ni aun entre los mismos contratantes; i el crédito que haya de gozar de una preferencia de cuarto grado en un concurso de acreedores, no puede obtenerlo, sino cuando conste de la misma manera, exceptuándose solo las acciones para resarcimiento de perjuicios por mala administracion de los representantes legales.

Es patente la utilidad de este jénero de pruebas para precaver contestaciones i testigos; para protejer los intereses de los menores i otras personas privilejiadas sin detrimento del crédito en cuyo fomento están interesadas estas mismas personas, como todas; i para desconcertar los fraudes que a la sombra de sus privilejios se fraguan.

Por lo que toca al método i plan que en este código se han seguido, observaré que hubiera podido hacerse ménos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, i que, para la razon ejercitada de los majistrados i jurisconsultos, eran ciertamente innecesarios. Pero, a mi juicio, se ha preferido fundadamente la práctica contraria, imitando al sabio lejislador de las *Partidas*. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido i espíritu de una lei en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, i que a ojos ménos perspicaces pudiera escaparse. La brevedad ha parecido en esta materia una consideracion secundaria.

El proyecto, tal cual es, se presenta a vosotros examinado prolijamente, discutido, modificado por una comision escojida, celosa del acierto, merecedora de vuestra confianza. La discusion de una obra de esta especie en las cámaras lejislativas retardaria por siglos su promulgacion, que es ya una necesidad imperiosa, i no podria, despues de todo, dar a ella la unidad, el concierto, la armonía, que son sus indispensables caractéres. Yo no presumo ofreceros bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido hasta ahora de las manos del hombre. Pero no temo aventurar mi juicio anunciando que por la adopcion del presente proyecto se desvanecerá mucha parte de las dificultades que ahora embarazan la administracion de justicia en materia civil; se cortarán en su raíz gran número de pleitos; i se granjeará tanta mayor confianza i veneracion la judicatura, cuanto mas patente se halle la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales. La práctica descubrirá sin duda defectos en la ejecucion de tan ardua empresa; pero la lejislatura podrá fácilmente correjirlos con

conocimiento de causa, como se ha hecho en otros países i en la misma Francia, a quien se debe el mas célebre de los códigos, i el que ha servido de modelo a tantos otros.

Creo haber dicho lo bastante para recomendar a vuestra sabiduría i patriotismo la adopcion del presente proyecto de *Código Civil*, que os propongo de acuerdo con el consejo de estado.



LA LOCACION DE SERVICIOS

I EL MANDATO

Los romanos no admitian otra diferencia entre la locacion de obra i el mandato, que la circunstancia de pagarse un precio o salario por la primera, siendo siempre gratuito el segundo. El tener o nó un carácter representantivo respecto de terceros, era una circunstancia indiferente. (Troplong, 165-169.)

«Todos convienen en que el arrendamiento de obra puede estar unido con la facultad de representar a una persona respecto de terceros, i de obrar ostensiblemente a nombre de ella. Semejante arrendamiento no es un obstáculo para que un tercero trate con el locador de obra, como trataria con un mandatario revestido de la facultad de representar. Las mismas seguridades, las mismas garantías, los mismos recursos tendria en un caso, que en el otro. Aunque el contrato sea un verdadero arrendamiento entre el locador de obra i el conductor, producirá respecto de terceros efectos semejantes al mandato, i los terceros no tendrán ningun interes en inquirir si la persona con quien tratan procede gratuitamente, i, por consiguiente, como mandatario, o mediante un precio, i por consiguiente, como locador de obra. Bártolo, Paulo de Castro, Jason, Favre i otros ciento han hecho esta observacion juiciosa. Puede hallarse unido con la locacion de obra un carácter representativo, sin que por eso invada el dominio del mandato.»

Si los derechos i las obligaciones recíprocas son unos mis-

mos, es claro que la recompensa pecuniaria es un puro accidente que no altera la esencia jurídica de los dos contratos.

Pudiera creerse que el mandato gratuito es una donacion de servicios, i tiene por eso un carácter esencialmente diverso; pero no es así. El donante no contrae responsabilidad alguna para con el donatario, como el mandatario para con el mandante. Cuando hai verdadera donacion de servicios, lo incompleto, lo imperfecto de la obra, no da derecho alguno al donatario para exijir una indemnizacion. Hai, pues, una esencial diferencia entre la donacion de servicios i el mandato gratuito.

¿Cuál será la línea de separacion entre la locacion de obra i el mandato? Troplong la hace consistir en dos cosas: la recompensa i la calidad del servicio.

La recompensa, dice, es esencial en el arrendamiento; el mandato es naturalmente gratuito. Pero, si por lo tocante a la sustancia del negocio encomendado, la relacion jurídica entre las partes es una misma, sea que se añada o nó al contrato una estipulacion de recompensa, esta añadidura debe mirarse como un puro accidente que no altera ni la esencia ni la naturaleza del contrato. Para los romanos, desaparecia el mandato, i ocupaba su lugar la conduccion de obra, desde que se contrataba una remuneracion pecuniaria. ¿Por qué en el mandato, segun el derecho frances, no es esencial, sino natural, el carácter gratuito? Únicamente porque el lejislador ha querido declararlo así. ¿Qué efectos prácticos produce esta declaracion? Los mismos que la incompatibilidad de la remuneracion con el mandato: ningunos. Tal es a lo ménos, segun hemos visto, la doctrina de Bártolo, i de los otros cien jurisconsultos citados por Troplong. A los ojos de la lei, segun Troplong, no hai semejanza entre la remuneracion o indemnizacion concedida al mandatario por sus fatigas i el precio venal de una cosa que se compra. ¿Por qué? Porque en el ministerio del mandatario hai algo de oficioso, algo que no puede pagarse adecuadamente: la intencion de hacer un beneficio, la consagracion al interes ajeno.

Yo niego que en nuestro siglo esta disposicion a la benefi-

cencia sea el móvil que influye ordinariamente en el ejercicio de las profesiones liberales. Quítese a la jurisprudencia i a la medicina el lucro que reportan; i se verán desiertas las aulas de jurisprudencia i de medicina. Lo que solicitan el abogado i el médico, no es una simple indemnizacion. Hállanse en el mismo caso que el artesano que se afana por aprender un oficio para vender un artefacto. En el albañil, como en el jurisconsulto, el valor de la obra se regula por lo que cuesta el aprendizaje, por la relacion entre la oferta de la obra i su demanda en el mercado, i por la habilidad del operario. Uno i otro hacen un verdadero beneficio a la humanidad en el servicio que le prestan. Pero no es la idea de consagrarse al interes ajeno, sino es acaso en algunas rarísimas excepciones, lo que lleva los aprendices al taller, o los alumnos a las clases profesionales. ¿I cómo puede llamarse simple indemnizacion un honorario que conduce al bienestar, a la riqueza, a la opulencia? La profesion del médico, del abogado, del injeniero, es un capital productivo.

En cuanto a la distincion que consiste en la naturaleza de la obra, del servicio, basta ver la diversidad de opiniones de los jurisconsultos sobre este punto. Unos quieren con Bártolo que los hechos puros i sucesivos pertenezcan al arrendamiento, los hechos momentáneos i mezclados de derecho al mandato. Otros pretenden con Jason que si el hecho es de aquellos que suelen procurar un emolumento en dinero, es susceptible de locacion, i solo cuando no se recompensa pecuniariamente, pertenece al mandato. Oros con Bachovio consideran demasiado jeneral la doctrina de Jason, i subdistinguen refiriendo al arrendamiento los hechos que ménos dignos i honrosos se aprecian ordinariamente en dinero. Troplong cree que este es el único sistema admisible.

El verdadero obstáculo, dice, para que un hecho se arriende, está en la dignidad, el honor, la gravedad de ese hecho. Pero, *pare tanti viri*, si esa dignidad, honor, gravedad, no es un obstáculo para que los hechos en que se enumera esa calidad se rijan por las reglas de la locacion de obra, ¿por qué ha de serlo para que el que las ejecuta se llame locador de obra?

¿Acaso importa mas el nombre que la sustancia? Yo no niego que se asocia naturalmente a ciertas profesiones la idea de una educacion esmerada i de sentimientos honrosos, i que ellas gozan en el mundo de una consideracion que no se dispensa al ejercicio de las artes mecánicas. Pero eso no altera la esencia ni la naturaleza del contrato que interviene entre el abogado i el cliente, entre el médico i la persona que solicita su asistencia. El comercio por mayor goza de mucha mayor consideracion que el comercio al menudeo; i no por eso deja de ser un contrato de la misma especie el del comerciante que da cien mil pesos por toda la carga de un buque, que el del particular que da veinte centavos al mercader por dos varas de cinta. Se pretende que el servicio de las profesiones liberales no es apreciable en dinero: la verdad es que la sociedad le da un precio; i aunque este precio no está sujeto a límites tan determinados, como el de los efectos materiales que se llevan al mercado, es innegable que por el ministerio de cierto abogado en ciertas circunstancias hai un precio que jeneralmente pasaria por equitativo, por exajerado o por mezquino. Los elementos de esta valuacion, aunque vaga i fluctuante por su naturaleza, no serian difíciles de enumerar: en el valor de los productos inmateriales del abogado entran los costos de una larga educacion profesional, el mérito reconocido de esos productos en su clase, i la relacion entre la oferta de esa clase de productos i la demanda. El talento del jurisconsulto, la confianza que inspiran sus luces i probidad, son datos que entran sin duda en la valuacion, i que pueden hacerla variar considerablemente. Hai ciertas intelijencias privilejiadas cuyas producciones llevan una estampa peculiar, que les da un valor inconmensurable. Pero prácticamente es innegable que tienen un precio pecuniario. Las circunstancias se lo dan, i la sociedad lo reconoce. Hai ciertos terrenos privilejiados que dan productos exquisitos, como el vino de Champagne, o el tabaco de la Habana. La especie de monopolio que la naturaleza ha concedido a esos terrenos, introduce en la valuacion de sus frutos un elemento particular, de grande importancia; pero no por esto dejan de tener esos frutos un valor venal en el mer-

cado. ¿No sucede otro tanto con los productos inmateriales de un escritor que alimenta con artículos de fondo la prensa periódica? La reputacion del abogado no es cosa de distinto jénero, que el crédito del comerciante; i cuando éste toma prestado, la confianza que inspira, calidad tan difícil de apreciar en dinero, como otra cualquiera, no hace variar de esencia el contrato de mutuo.

«Esta distincion, dice Troplong, no es solo honorífica i nominal; ella enjendra consecuencias jurídicas de mucha consideracion.» Veamos cuáles.

«1.° Cuando el mandato se ha dado por muchos mandantes para un negocio comun, cada uno es responsable *in solidum* al mandatario. No sucede lo mismo en la locacion de servicios.»

Desde luego yo no veo razon para que exista esa solidariedad entre mandantes, i no entre mandatarios. Si «en un negocio comun cada mandante se entiende haber dado el mandato para sí i por todo,» ¿por qué no ha de entenderse que en un negocio comun cada mandatario ha aceptado la responsabilidad para sí i por todo? Si «el mandatario ha seguido la fe de cada mandante por el todo,» ¿por qué no podrá decirse que el mandante ha seguido la fe de cada mandatario en la misma forma? En fin, si «la solidariedad de los mandantes es una seguridad para el mandatario» ¿no sería tambien la solidariedad de los mandatarios una seguridad para el mandante? Veo una exacta paridad de razon de un lado i del otro, sobre todo cuando el mandato es remunerado. Yo igualaria, pues, la condicion de ambas partes, i no creeria necesario imponerles otra solidariedad que la expresamente estipulada, adoptando en este punto la disposicion de la novela 99 de Justiniano. Verdad es que en su parte dispositiva esta novela habla solamente de los fiadores; pero el preámbulo parece anunciar una innovacion en el derecho existente, extensiva a todo jénero de mandatarios. La solidariedad legal no es una discrepancia entre el mandante i el *conductor operarum*, sino porque la lei lo ha querido así. La solidariedad convencional produciria en todos casos los mismos efectos prácticos. Cuando la responsabilidad

in solidum interesase a cualquiera de las partes, tendria cuidado de estipularla.

El depósito voluntario encierra tambien un verdadero mandato; i con todo eso, si muchas personas depositan una cosa en poder de un tercero, no se obligan solidariamente para con el depositario.

Por otra parte, hai *conductiones operarum* en que no tendria menor fundamento la solidariedad de los conductores, que en el mandato. Pedro i Juan contratan con Francisco que les edifique una casa en un terreno que pertenece a los dos en comun. ¿Por qué no se dirá que cada uno de los conductores ha contratado para sí i por todo, i que el edificador ha seguido la fe de uno i otro a la par? Que la solidariedad de los conductores sería una seguridad mas para el locador, es claro; i ¿qué contrato hai de uno con muchos, a que no pudiera aplicarse lo mismo? Esta es una razon de aquellas que no prueban nada, porque prueban demasiado.

«2.° El mandatario que todavía no ha empezado a ejercer su cargo (dice Troplong), puede retractarse, i no es obligado a indemnizacion alguna. Al contrario, el locador de obra no puede desistir de su contrato, ni aun ántes de haber principiado la obra; i si desiste, debe indemnizacion de perjuicios.»

Oigamos al mismo Troplong, números 337 i 338. «Cada cual está en libertad para no aceptar el mandato. Pero, desde que ha consentido en tomarlo a su cargo, es obligado a ejecutarlo. *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consumari oportet.*

«Pero este principio está sujeto a una excepcion, que es cuando el mandatario, despues de haber aceptado, echa de ver que el negocio es superior a sus fuerzas, i da aviso al mandante en tiempo útil i *rebus integris*, que no puede continuar en el encargo. En vano se dirá que no es permitido renunciar una obligacion contraída. No olvidemos la *naturaleza* del mandato; él procede *de un sentimiento oficioso* i liberal, i no es justo que el que obra con la intencion de prestar un servicio sea la víctima de su propia beneficencia. No se

le tratará, pues, con rigor. Se le permitirá, sobre todo, arrepentirse, todas las veces que de ello no resulte perjuicio al mandante; i es claro que este último no tendrá de qué quejarse, si se le da a conocer la renuncia en tiempo útil, i cuando está todavía en aptitud para encomendar el negocio a otro, es decir, cuando las cosas están todavía enteras. Porque si el mandatario demorase, i en el intervalo peligrase el negocio, todo el perjuicio recaeria sobre él.»

Esta argumentacion de Troplong se funda en la *naturaleza* del mandato, en su carácter gratuito. Pero carece de toda fuerza cuando se trata de un mandato remunerado, que es el que puede asimilarse a la locacion de servicios.

Por otra parte, hai muchas especies de locacion de obra o servicios, en que el operario, el *locator operarum*, tiene naturalmente la facultad de desistir o renunciar cuando quiera. Tal es el caso del sirviente doméstico, del amanuense, etc. Como en estas especies, el que ha comenzado a servir, puede retirarse, i ser despedido, al arbitrio de cualquiera de las partes, se sigue a *fortiori*, que es lícito a cualquiera de las partes desistir del contrato, ántes de proceder a su ejecucion. Este libre desistimiento no debe, pues, mirarse como característico del mandato en jeneral, ni aun del mandato gratuito, ni proviene de la naturaleza del contrato, sino de la del servicio prestado. Si éste consiste en una serie de actos, cada uno de los cuales puede ejecutarse separadamente, i si el que recibe el servicio se halla en aptitud de reemplazar fácilmente al operario o mandatario, habrá por una parte la libertad de revocar i por otra la de renunciar (salvas ciertas limitaciones de que hablaré despues). El sirviente doméstico se halla bajo el imperio de esta regla. Un escritor que suministra artículos de ciencias, de literatura o política al empresario de un periódico, se encuentra en el mismo caso. Otro tanto es aplicable al abogado que se hace cargo de la defensa de un pleito: este servicio se resuelve en una serie de actos, que pueden ser i amenudo son ejecutados sucesivamente por varias personas. No es, pues, evidentemente el carácter honorífico de una profesion lo que da lugar a la regla, sino la naturaleza del servi-

cio, que tiene de comun con el de la mas humilde de las ocupaciones, las dos circunstancias que he dicho.

Si por el contrario el servicio consiste en una obra única, indivisible, por un precio total, la regla será diferente. El contrato una vez perfecto obligará a las dos partes, i lo que las leyes prescriben sobre el empresario de edificio, les será enteramente aplicable. En este caso, se hallaria, por ejemplo, el artista a quien se hubiera encomendado un cuadro o la composicion de una ópera, el escritor que se hubiera encargado de componer un tratado, un poema, etc.

He dicho que es libre el desistimiento, la revocacion o renuncia, cuando el servicio consiste en una serie de actos que puedan ejecutarse sucesivamente por varias personas; de que se sigue que, cuando cada uno de estos actos consiste en una obra o servicio indivisible, se debe seguir relativamente a esta obra la misma regla que si se hubiese contratado ella sola. Yo he sido contratado para componer una serie de artículos literarios; respecto de cada uno de ellos, se seguirá la misma regla que respecto del carpintero que ha sido contratado para hacer una puerta............

(*Los Lúnes.*)



VALOR DE UN TESTAMENTO

OTORGADO ÁNTES DE LA PROMULGACION DEL CÓDIGO CIVIL

I

Se pregunta, en primer lugar, si el testamento cerrado que doña Juana María Pedro Bueno otorgó en 1855, fué un testamento verdadero i válido, segun las leyes que entónces rejian, sin embargo de que no lo firmase la testadora, que sabía leer, pero no escribir. Esta cuestion se halla terminantemente decidida en la lei 2, título 18, libro 10 de la *Novísima Recopilacion*, que es la lei 3 de *Toro*, concordante con la lei 2, título 1.°, *Partida* 6.ª Segun estas leyes, fué válido el testamento.

II

No habria para qué detenernos mas en cosa tan clara, si no se diese por algunos una intelijencia errónea a las palabras siguientes de la lei recopilada: «los cuales (testigos) hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos i el testador, si supieren i pudieren firmar; i si no supieren, i el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros.» Se pretende, pues, que la lei dispensa a los testigos de la firma propia, cuando no saben o no pueden firmar; pero que no concede ese beneficio al testador, sino cuando no puede, esto es, cuando, sabiendo firmar, algun accidente corporal se lo

impide, verbigracia, una afeccion paralítica. La lei interpretada rigorosamente dispone todo lo contrario. Cuando ella dice *i si no supieren*, ¿a qué personas refiere este verbo? No puede ser a otras que a las mismas de quienes viene hablando, esto es, a *ellos i el testador*. Es como si dijera expresando el nominativo tácito *i si ellos i el testador no supieren o el testador no pudiere firmar*, de que se sigue que, en cuanto al no *saber*, no hai diferencia entre el testador i los testigos: tanto al uno, como a los otros, permite la lei que, si no saben firmar, se valgan de otra persona para completar el número necesario de firmas. Pero, en cuanto al no poder, no es así: si alguno de los testigos sabe, pero no puede, la falta de su firma propia vicia de nulidad el testamento; al paso que la falta de la firma propia del testador, sea que no sepa o no pueda, no lo vicia, si alguno de los testigos firma por él. Así el sabio Llámas, el último i el mejor de los comentadores de las leyes de *Toro*, exponiendo el texto de la lei 3, dice así: «i si no supieren firmar, o el testador no supiere o no pudiere, manda (la lei) que los unos firmen por los otros.»

El *Código Civil*, que ha comenzado a rejir en 1.° de enero de 1857, establece para el testamento cerrado solemnidades diferentes de las que ántes se observaban, requiriendo la firma del testador (artículo 1023) i declarando inhábil para testar de esta manera a la persona que no sepa leer i escribir (artículo 1022). Con este motivo, se pregunta si en virtud de la promulgacion del nuevo código, el testamento cerrado que ántes de ella era válido, caducó por faltarle la firma de la persona otorgante.

Esta segunda cuestion ha sido tambien terminantemente resuelta por el artículo 1212, inciso 1.°, del *Código Civil*, cuyo tenor es como sigue: «El testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse, sino por la revocacion del testador;» revocacion que, segun los artículos subsiguientes del mismo título, debe aparecer en otro testamento, solemne o privilejiado. El testamento, pues, de doña Juana María Pedro Bueno, no se invalidó, no caducó, no perdió su calidad de testamento solemne por las innovaciones que en esta materia

haya hecho el *Código Civil*, porque, si así fuera, se seguiria que un testamento válidamente otorgado puede caducar de otro modo, que por la revocacion del testador. No hai otra excepcion a la regla jeneral del inciso 1.° del citado artículo, que la señalada en el inciso 2.°, concebido en estos términos: «Sin embargo, los testamentos privilejiados caducan sin necesidad de revocacion.» I la excepcion confirma aquí evidentemente la regla en su aplicacion al testamento de doña Juana María Pedro Bueno; porque, si solo los testamentos privilejiados pueden invalidarse sin que el testador los revoque, es claro que el de doña Juana María, que no es del número de los privilejiados, ni fué revocado por la testadora, permaneció tan verdadero i válido, despues de la promulgacion del código, como lo habia sido ántes de ella.

Ni a la verdad se necesitaba una regla expresa para formar este juicio, porque ninguna lejislacion posterior, por el mero hecho de disponer nuevas solemnidades para la testamentifaccion, pudo hacer que no *hubiese sido* válidamente otorgado un testamento en que se habian observado todas aquéllas que la lei entónces vijente requeria. Semejante disposicion, entendida de esa manera, obraria, no de un modo retroactivo, sino absurdo, pues se dirijiria a borrar en la serie de las existencias un hecho consumado. El lejislador pudo ordenar que los testamentos anteriores válidamente otorgados no se considerasen ni produjesen efecto alguno práctico; pero no ha pensado tal. No ha quitado, pues, por los citados artículos 1022 i 1023 el carácter de instrumento público fehaciente al testamento de doña Juana María, el cual siguió, por consiguiente, testificando la voluntad de la testadora, tal cual era en 1855. «En todo lo que pertenece a la forma puramente probante, no hai ni puede haber otra lei, que la del lugar i el momento en que el acto se ha celebrado. Verificada esta celebracion en una forma probante, no solo es este acto una prueba auténtica de todo lo que testifica, sino que ademas se radica en él irrevocablemente el derecho de probarlo, i despojarlo de ese derecho sería lo mismo que despojarlo de la forma en que ha sido otorgado, porque la existencia de la forma i el derecho de probar con ella

son dos cosas inseparables.» Tal es la luminosa doctrina de Merlin, que la corrobora con graves autoridades. *(Cuestiones de derecho*, tomo 8.°, pájina 317.)

Para percibir el alcance de lo dispuesto en el artículo 1212, inciso 1.°, conviene recordar que en el derecho romano, fuente de nuestra lejislacion civil, un testamento que habia sido otorgado válidamente *(testamentum justum)*, no solo se invalidaba *(infirmabatur)* por la revocacion del testador, sino de otros varios modos; verbigracia, por el hecho de sobrevenir despues del otorgamiento un nuevo hijo lejítimo *(agnatione vel quasi agnatione sui heredis)*, por el hecho de no poder o no querer aceptar la herencia ninguno de los herederos testamentarios instituidos o sustituidos, etc. Casi todos estos modos de invalidarse un testamento subsistieron en la lejislacion de las *Partidas;* pero por las leyes posteriores casi todos se derogaron. Nuestro artículo 1212 los suprime todos en el testamento solemne, excepto la revocacion del testador; i de tal manera los suprime, que no solo no se rompe ya el testamento por aparecer un nuevo asignatario forzoso, cualquiera que sea, mas ni aun por el hecho de haberse pasado en silencio un hijo lejítimo que existia i era conocido al tiempo del otorgamiento, i que ha sobrevivido al testador. Así es que, para correjir el olvido o la injusticia de los testadores que han otorgado un testamento en debida forma, no da nuestro código otro recurso, que el de la *accion de reforma* (que es la antigua *querella de inoficioso* considerablemente ampliada), en virtud de la cual son reintegrados en sus derechos todos los asignatarios forzosos, subsistiendo en lo demas el contenido del testamento. No tenemos, pues, en el dia mas que dos modos de infirmar en todo o parte un testamento que ha sido otorgado válidamente; i ambos están indicados en el epígrafe mismo del título 6.° del libro 3.°: *De la revocacion i reforma del testamento.*

El de doña Juana María Pedro Bueno es, por tanto, en el dia, un verdadero testamento, sujeto empero a la accion de reforma, si por ventura alguna de sus disposiciones contraviene a los derechos que el *Código Civil* concede a los asignata-

rios forzosos; punto de que no tratamos ahora, porque pertenece a la tercera de las cuestiones propuestas.

Un raciocinio mui sencillo dará nueva luz al pensamiento del *Código Civil*. Primeramente, un testamento solemne, válido en su oríjen por haber sido otorgado con todas las solemnidades que entónces prescribia la lei, es un instrumento público, a que no puede ménos de prestarse entera fe, en cuanto testifica lo que en aquella época dispuso el otorgante, para que se llevase a efecto despues de sus dias.

En segundo lugar, para el arreglo de la sucesion testamentaria, debe tomarse en consideracion la última voluntad del difunto, es decir, la voluntad con que ha muerto, porque toda voluntad anterior a la muerte es susceptible de revocarse; pero, como es imposible testar en el instante mismo de morir, i como ese instante es la cosa mas incierta del mundo, cada uno hace su testamento cuando le parece conveniente, con la intencion de que, si despues no lo revoca, lo contenido en él se repute i valga como su última voluntad. Así, entre el testamento i la muerte del testador, trascurre siempre un intervalo de tiempo, mas o ménos largo; pero, cualquiera que éste sea, la lei presume en todos casos que el testamento solemne no revocado expresa la última voluntad del testador, la voluntad con que ha muerto. En virtud de esta presuncion, que es de todas las lejislaciones que conceden la facultad de testar, i en que, como en la nuestra, ningun testamento solemne prescribe por el mero trascurso del tiempo, el otorgado por doña Juana María en 1855, i no revocado despues, debe mirarse como la voluntad suprema de la testadora al tiempo de su fallecimiento en 1857.

Tan obligada es la presuncion de que hablamos, que es preciso estar a ella, aun cuando el testador no ha podido tener voluntad alguna a la hora de la muerte por haber adolecido de demencia o locura desde tiempo ántes, con tal que este accidente le haya sobrevenido despues del otorgamiento. Así, en el derecho romano, el testamento de una persona que al tiempo de hacerlo estaba en su sano juicio, i despues lo pierde, i permanece privado de razon hasta la muerte, es perfecta-

mente válido i representa la voluntad suprema del difunto. Esto mismo se halla expresamente consignado en nuestro *Código Civil*, donde, inmediatamente despues de enumerarse las varias causas que inhabilitan para testar, de las cuales es una el estar privado de juicio (artículo 1005), se establece por punto jeneral (artículo 1006) que el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de estas causas de inhabilidad, es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa; i por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir despues alguna de ellas.

La impotencia de escribir no era en 1855 una inhabilidad legal para otorgar cualquiera especie de testamento solemne; era un simple impedimento físico, a que la lei misma proveia de remedio, permitiendo al testador que se valiese de otra persona que firmase a su nombre. Este impedimento físico no principió a existir como inhabilidad legal para testar, sino en 1.° de enero de 1857, en virtud de los artículos 1022 i 1023 de nuestro código. Esta, pues, ha sido para doña Juana María una causa superviniente de inhabilidad, a que por una analojia evidente, por una analojía *a fortiori*, debe aplicarse la regla del artículo 1006, conforme a la cual las inhabilidades supervinientes no vician de nulidad el testamento.

Verdad es que este artículo se refiere a las inhabilidades enumeradas en el artículo precedente; pero es manifiesto que, si las inhabilidades absolutas, las inhabilidades que militan contra todo jénero de testamento solemne (cuales son las señaladas en el artículo 1005) no invalidan el testamento, cuando sobrevienen despues de otorgado, ¿cuánto ménos deberá invalidarlo una inhabilidad parcial i relativa, la de no poder escribir, que por el mismo código no se impone, sino para el testamento cerrado? La inhabilidad que procede de la muerte civil es absoluta, i se incurre en ella en el momento mismo de la muerte, es decir, en el acto de la profesion relijiosa, i sin embargo, sobreviniendo al testamento no lo vicia. ¿Cómo, pues, pudiera concebirse que la nulidad procedente de un impedimento físico, inhabilidad que solo influye en uno u otro de los derechos civiles del testador, le haga de peor condicion

a los ojos de la lei que la inhabilidad a que la lei ha unido la extincion de toda la vida civil? Por lo demas, este argumento es de pura supererogacion, pues, como ántes he dicho, la cuestion presente está decidida por el artículo 1212; ni yo lo alego, sino para que, patentizada la armonía que existe entre los artículos 1006 i 1212, quede fuera de toda duda la intelijencia i alcance que debemos dar a uno i otro.

La promulgacion de un código ha ocasionado en todas partes controversias, en cuanto se rozaban sus innovaciones con aquellos negocios que, iniciados bajo la lejislacion precedente, habian de recibir su complemento i consumacion bajo el imperio de la nueva. No será, pues, fuera de propósito examinar las reglas que sobre esta materia han adoptado las grandes naciones civilizadas de Europa que, refundiendo i modificando sus leyes, se han encontrado en el mismo caso que nosotros. Nada mas oportuno que estas reglas para ilustrar el asunto presente, pues aunque ellas no tengan para nosotros la fuerza obligatoria de nuestro código, valen a lo ménos como razon escrita, i pueden contribuir a que comprendamos mejor el espíritu de las disposiciones que en él se encuentran, i percibamos la equidad natural en que se fundan.

Preséntasenos desde luego la lei romana 7 *C. de legibus*, inserta por Justiniano en su código, i tan frecuentemente citada en discusiones referentes a la retroactividad de las leyes. En ella, se expresan así los emperadores Teodosio i Valentiniano: «Es constante *(certum est)* que las leyes i constituciones dan la forma a los negocios futuros, i no se retrotraen a hechos pasados, a ménos que en ellas se estatuya expresamente *(nominatim)* para el tiempo pasado i negocios todavía pendientes.» El testamento de doña Juana María era en 1.° de enero de 1857, en cuanto a su confeccion jurídica, un hecho pasado, en cuanto a su validez definitiva, un negocio todavía pendiente, viviendo entónces la testadora, que podia, si era su voluntad, revocarlo. ¿Qué se necesitaba, pues, para que la promulgacion del nuevo código lo anulase, lo despojase de todo efecto práctico, sin que la testadora lo revocase? Se necesitaba que un artículo del código dijese expresamente en estos

o semejantes términos: «Los testamentos otorgados ántes de ahora, i cuyos autores sobrevivan a la promulgacion de este código, se tendrán por nulos i de ningun valor si falta en ellos alguna de las solemnidades que en él se prescriben.» Nada ménos que esto era necesario, segun la lei romana, para que el nuevo código los anulase. I nótese que no ha sido esta una novedad en la lejislacion imperial: era una regla observada de tiempo atras, reconocida, constante: *certum est.*

Esta misma fué la regla consignada por el rei don Alonso el Sabio en la lei final, título 14, *Partida* 6.ª: «El tiempo en que son comenzadas e fechas las cosas deve siempre ser catado, aunque se faga demanda en juicio en otro tiempo sobrellas.» No presidió la misma sabiduría a la ordenanza de los reyes don Fernando i doña Juana, que es la lei 6, título 2.°, libro 3.° de la *Novísima*, donde aquellos príncipes, por una ciega predileccion a las leyes recien promulgadas por ellos en la ciudad de Toro, establecieron una regla de todo punto contraria a la precitada del código de Justiniano, disponiendo que se juzgasen por ellas aun los casos i negocios que hubiesen acaecido i pasado ántes de su publicacion, salvo cuando las mismas leyes expresamente declarasen que no debian extenderse a cosas i negocios pasados: lei bárbara, repugnante a todo principio de equidad, i manifiestamente derogada por el artículo 9 de nuestro *Código Civil.*

El artículo 12 de la promulgacion del código prusiano (letras patentes expedidas en Berlin el 1.° de junio de 1794) es notable: «Por lo que toca a los actos testamentarios, queremos que todos aquellos que sean otorgados ántes del 1.° de junio de 1794 sean juzgados segun el tenor de las antiguas leyes.» I en el artículo 18 de la introduccion del mismo código se establece por punto jeneral que las nuevas leyes no son aplicables a actos o hechos anteriores.

No es ménos explícita la ordenanza de promulgacion del código civil austriaco (Viena 1.° de junio de 1811): «Como en este código hemos establecido el principio de la no retroactividad de las leyes, no se le dará influencia alguna sobre los actos anteriores al dia en que debe hacerse ejecutorio, sea

que estos actos consistan en obligaciones sinalagmáticas, o en declaraciones de voluntad que el declarante hubiera podido alterar a su arbitrio para ponerlas en armonía con el nuevo código.» El lejislador se pone en el caso preciso de doña Juana María Pedro Bueno. Esta señora pudo talvez haber hecho, despues de la promulgacion de nuestro código, un nuevo testamento observando la forma que en el código se prescribe; pero, aun cuando el intervalo entre la promulgacion del código i la muerte de la testadora no se hubiese limitado a unos pocos meses, como sucedió, aun cuando hubiese durado años, no estaba obligada a ello, porque en el testamento de 1855 dejaba estampada su voluntad suprema, como si en realidad lo hubiera otorgado en 1857 con todas las solemnidades que el nuevo código establece.

Acerca de la retroactividad de las leyes, no hai en el *Código Civil* frances otra disposicion que la del artículo 2, que coincide con el 9 del nuestro; pero tenemos para llenar este vacío la aplicacion que han hecho del dicho artículo 2 las judicaturas francesas, i en particular la suprema autoridad judicial de Francia. «Considerando, dice la corte de casacion en una especie mencionada a la larga en las *Cuestiones de derecho* de Merlin, considerando, por lo que toca a la forma de estos actos (los testamentos) que ellos son i permanecen regulares cuando están revestidos de todas las formalidades prescritas por las leyes que al momento de su confeccion rejian, sin embargo de que estas formalidades hayan sido posteriormente alteradas o modificadas por nuevas leyes; i que estas leyes disponen solo para el porvenir i no pueden tener efecto retroactivo, segun el artículo 2 del título preliminar del *Código Civil;* no ha lugar al recurso.» *(Questions de droit*, tomo 8.° pájina 319.) Cítanse por el mismo autor *(Répertoire*, *V. effects retroactifs*, section III, § V), otras decisiones pronunciadas en el mismo sentido por la corte de casacion i por las cortes de Besanzon, Turin, Bruselas i Lieja.

Largo sería dar aquí la lista de los jurisconsultos eminentes que han proclamado la misma doctrina. Pero me parece digna de mencion especial la de Paulo de Castro *ad legem* 29 *C.*

de testamentis: «Si hoi, dice, se estatuye por una lei, que haya de observarse cierta solemnidad en los testamentos, no valdrán de otro modo; pero, si se hubieren ya otorgado algunos sin esa solemnidad, no por eso dejarán de valer, aunque el testador haya podido hacer otro i observarla, porque no es obligado a ello.» Ni debo pasar en silencio al profundo i filosófico Savigny, que, en el párrafo 388 de su *Tratado de Derecho Romano*, sienta, como principio jeneral, que la forma de los actos jurídicos debe ajustarse a la lei que está en vigor a la época de su otorgamiento; sobre su validez no tiene la menor influencia una lei posterior, sea que facilite o que haga mas difícil la forma: principio que él resume en estas tres palabras: *tempus regit actum*, análogas a las que formulan el derecho territorial: *locus regit actum.*

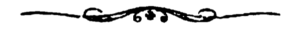
III

Se pregunta, en tercer lugar, si siendo válido el testamento de doña Juana María, subsisten i deben llevarse a cumplido efecto las disposiciones contenidas en él.

Algunas de las autoridades que dejo citadas extienden el principio de no retroactividad, no solo a la forma, sino al contenido del testamento. Pero una pragmática prusiana posterior a la citada de 1794 lo restrinje a la forma; i aunque así no fuera, ninguna autoridad, ninguna lejislacion extranjera, puede prevalecer contra las disposiciones expresas de nuestro código. El testamento de 1855 vale, segun he dicho, como si hubiera sido otorgado en 1857; pero no puede ser de mejor condicion que los efectivamente otorgados despues de la promulgacion del *Código Civil*, todos los cuales están sujetos a la accion de reforma siempre que en ellos se contravenga de algun modo a los derechos que el mismo código concede a los asignatarios forzosos (libro 3.°, título 6.°, párrafo 2.°).

Las cuestiones a que podria dar lugar cada disposicion del testamento de doña Juana María, merecerian una consideracion especial; pero, si esta señora ha dejado descendientes lejítimos, como creo que ha sucedido, estarian reducidas a

mui estrechos límites, i quizá no habria nada que alterar en su testamento; porque, en un caso de esta especie, tienen los testadores, segun el nuevo código, alguna mas libertad que en la lejislacion anterior para disponer de sus bienes; i es de presumir que doña Juana María, en el testamento de 1855, haya tenido presentes las leyes que entónces rejian.



INTERPRETACION DE UN TESTAMENTO

Para absolver las varias cuestiones que se proponen relativas al testamento de Colin Mac Kenzie (llamado aquí comunmente, i en el testamento, Paulino Mac Kenzie), natural de Escocia, i avecindado muchos años en Chile, no estará de mas hacer algunas observaciones que justifiquen mi dictámen sobre el sentido verdadero de sus disposiciones testamentarias.

Tratándose del testamento de un extranjero, debo presuponer que don Paulino Mac Kenzie no ha dado a conocer sus disposiciones por medio de un intérprete que las tradujese del idioma del testador al habla comun del país, para que así las entendiesen el escribano i testigos; porque en tal caso el testamento adoleceria de una insanable nulidad. Mac Kenzie murió bajo el imperio del *Código Civil*, cuyo artículo 1024 establece que, cuando el testador no pueda darse a entender de viva voz, solo podrá otorgar testamento cerrado, no abierto o nuncupativo, como el de Mac Kenzie. En el caso presente, el testador ha debido declarar todas i cada una de sus disposiciones en el habla comun del país, de manera que le oyesen i entendiesen el escribano i testigos. Toda intervencion ajena, aun con el objeto de explicar la mente del testador, sustituyendo a las palabras de éste otras diferentes, hubiera viciado el acto. El escribano i testigos deben formar por sí mismos su juicio sobre el sentido jenuino de lo que dice el testador; i sus firmas significan que la redaccion suscrita por ellos está sustancialmente conforme con las palabras que han oído i entendido de la boca

misma del testador, desatendiendo de todo punto las versiones i comentarios extraños. Tales son la letra i espíritu, no solo del artículo citado, sino de otros varios, como el 1013 i 1017: el 1002 es particularmente notable.

He creído de mi deber tomar en su sentido natural las palabras i frases del testamento, sin introducir idea alguna que no nazca espontáneamente de ellas, sobre todo cuando en su natural sentido no presentan nada de absurdo; i aun en el caso contrario (que parece ocurrir en la cláusula a que se refiere la cuestion octava), he procurado colejir la voluntad del testador por inducciones verosímiles sin hacer violencia al texto.

El artículo 1069 del *Código* prescribe que, sobre todas las reglas legales de interpretacion, debe prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada; pero esta manifestacion no debe buscarse en otra parte, que en el testamento mismo; i si, por ejemplo, se tuviese por otra parte conocimiento de hechos de que se infiriese claramente que el testador no habia querido excluir de la sucesion a tales o cuales de sus parientes que por el testamento apareciesen excluidos, no sería lícito atender a estos hechos para apartarse del sentido jenuino de una cláusula testamentaria, porque, admitida esta práctica, nó habria cláusula testamentaria que no pudiese invalidarse o alterarse por medio de informes i declaraciones de testigos; lo que ya se ve cuán contrario sería al espíritu, letra i propósito de nuestra lejislacion.

Tampoco me parece que sería lícito modificar el sentido de una disposicion que no envuelve ningun absurdo, alegando que no se concibe qué motivo haya tenido el testador para dictarla, o que mas bien tuvo motivo para dictar una disposicion diferente.

CUESTION PRIMERA

«¿Tiene el ejecutor pleno poder por el testamento, sin autoridad alguna derivada de los parientes de Colin Mac Kenzie, para convertir en dinero los bienes del testador i distribuirlos conforme al testamento?»

El actual estado de la testamentaría, segun lo expuesto por el albacea o ejecutor testamentario, don José Brown, es el siguiente: la herencia de don Paulino se halla ahora *yacente*, por no haberla aceptado en forma ninguno de los herederos; i por tanto, su tenencia i administracion pertenecen al *curador de la herencia yacente*, que, en conformidad a nuestras leyes, fué propuesto por el ajente consular británico en Santiago, i aceptado por juez competente (*Código Civil*, 481, 482, 483). Aunque el albacea tiene materialmente los bienes, es bajo la autoridad i con dependencia del curador.

Por consiguiente, el albacea no tiene por sí facultad para hacer inversion alguna que no le haya sido específicamente encomendada por el testador; i en el caso presente no le ha sido encomendada ninguna. No tiene, pues, poder para realizar, o convertir en dinero, los efectos de la testamentaría en todo o parte; i añado que el curador tampoco lo tiene, sino en cuanto fuere necesario para objetos urjentes, como el pago de deudas i legados, o para enajenar efectos corruptibles o expuestos a deteriorarse. La facultad de convertir los efectos de la testamentaría en dinero no puede venir, sino de los herederos que hayan aceptado i obtenido la *posesion efectiva* de la herencia. Solo despues de trascurridos cuatro años, sin que alguno de los herederos haya obtenido esta posesion efectiva, puede el curador de la herencia yacente proceder a su realizacion, i aun entónces debe hacerlo con las formalidades legales, depositando el producto o colocándolo a interes con las debidas seguridades (artículos 484, 688, 697, número 3.°).

CUESTION SEGUNDA

«¿Las palabras *parientes en Escocia,* a quienes se deja una mitad del saldo o remanente, significan parientes residentes en Escocia a la fecha del fallecimiento del difunto, i excluyen a aquellos parientes que entónces residian en otros paises?»

Las palabras *parientes en Escocia* significan, a mi juicio, parientes cuyo domicilio o residencia fija era en Escocia a la fecha del testamento, la cual en el caso presente coincide con

la del fallecimiento; i excluyen a aquellos parientes que en esa época estaban domiciliados en otros países. La palabra *en* de que se sirve el testador no admite otro sentido, que el de residencia fija o domicilio. La residencia casual en Escocia de un pariente que tuviese su hogar doméstico en otra parte, no le conferiria derecho alguno a la asignacion de que se trata; así como la existencia casual fuera de Escocia de un pariente que tuviese su hogar o residencia habitual en Escocia, no le privaria del beneficio de esta asignacion. Si el testamento dijera *de Escocia*, pudiera de algun modo entenderse que la expresion comprendia aun a los parientes establecidos en otra parte, como procedentes de una estirpe o rama escocesa; pero, aun en tal caso, yo estaria por la exclusion. No es probable que don Paulino ignorase que varios de sus parientes paternos i maternos habian salido de Escocia para establecerse en la América Británica i en otros países, habiéndose efectuado la salida de algunos de ellos muchos años ántes del fallecimiento de don Paulino. No se hace, pues, creíble que, cuando don Paulino dictaba las palabras de que se trata, no le hubiese ocurrido la idea de que podia tener parientes fuera de Escocia. Aun cuando por noticias positivas lo hubiese ignorado, la mera posibilidad de estas emigraciones tan frecuentes en la Gran Bretaña, bastaba; i ocurriéndole esta idea, no pudo designar a sus parientes *en Escocia*, sino con el ánimo deliberado de excluir a sus parientes domiciliados *fuera de Escocia*. Ademas, para designar a todos sus parientes dentro i fuera de Escocia, bastaba la designacion jeneral *mis parientes* sin aditamento alguno. ¿A qué fin añadir *en Escocia?* Ni puede decirse que con ese aditamento quiso excluir a los hijos naturales que acaso tuviese en Chile, porque él mismo declara en su testamento que no los tiene; lo cual, aun cuando solo significase que no los reconoce, era suficiente para excluirlos de la sucesion; i aun con solo pasarlos en silencio habria logrado el mismo objeto *(Código*, 270, 271, 272). Fuera de que, si se supone que la expresion *en Escocia* tuvo por objeto excluir de la sucesion a los hijos naturales residentes en Chile, es preciso atribuir la misma virtud a esas palabras para excluir a cua-




lesquiera otros parientes que, residiendo fuera de Escocia, pretendiesen ser comprendidos en el llamamiento.

Por lo demas, las consideraciones precedentes son de pura supererogacion, i solo tienen el objeto de satisfacer a ciertas dudas que sobre este punto he oído, porque las palabras *parientes en Escocia*, en su sentido natural i obvio, deciden terminantemente la cuestion.

CUESTION TERCERA

«¿Bajo la palabra *parientes* deben entenderse parientes por parte de padre i de madre?»

La palabra *parientes*, en materia de sucesion no amayorazgada, incluye a todos los consanguíneos lejítimos, que lo sean por parte de padre o de madre, indistintamente.

CUESTION CUARTA

«¿Excluyen los parientes de grado mas próximo a los mas remotos; por ejemplo, los hijos de primos del testador excluyen a los nietos de primos del testador; o hai derecho de representacion entre parientes, de manera que los nietos o biznietos de primos tengan derecho a la porcion a que su difunto padre o madre, o abuelo o abuela habrian tenido derecho si viviesen?»

Nuestras leyes no reconocen derecho de representacion en la descendencia de los primos. Solo admiten ese derecho en la descendencia lejítima de los hijos o de los hermanos; de manera que, presentándose a la sucesion, por ejemplo, dos primos hermanos, i los hijos o nietos de un tercer primo hermano, los primos hermanos vivos excluyen completamente de la sucesion a la descendencia del primo hermano difunto (*Código*, 986). Esta regla es relativa a la sucesion ab intestato. Hasta qué punto tenga lugar en la sucesion en testamento, a que pertenece el caso presente, va a verse luego.

CUESTION QUINTA

«¿Las palabras *parientes en Escocia* significan *todos* los parientes que puedan probar parentesco con el testador por parte del padre o madre de éste?»

Primeramente, excluyen a todos los que no sean consanguíneos lejítimos del testador, i llaman indistintamente a todos los parientes paternos o maternos del testador; pero tomando en consideracion su grado de parentesco i su domicilio. Excluyen, por consiguiente, a los parientes domiciliados fuera de Escocia, segun se ha dicho. En segundo lugar, una asignacion testamentaria *a los parientes* se entiende hecha a los consanguíneos del grado mas próximo, segun el órden de la sucesion ab intestato, salvo que haya un solo pariente del grado mas próximo, pues entónces, habida consideracion a la pluralidad de la designacion testamentaria, concurren con el pariente mas próximo todos los del grado inmediato *(Código*, 1064).

CUESTION SEXTA

«Si las palabras *parientes en Escocia* significan toda la parentela del difunto, por remota que sea, ¿tendrá derecho cada uno de esos parientes a una porcion igual en una mitad del saldo o remanente de su testamentaría?»

Me remito a la cuestion precedente; i añado que todos los llamados a una asignacion testamentaria que no suceden por derecho de representacion, dividen entre sí la cosa asignada por partes iguales, a ménos que la lei establezca otra division diferente *(Código*, 985, inciso 2.°). Esta regla es relativa a la sucesion *ab intestato;* i para que la excepcion anunciada por las palabras *a ménos* no embarace la intelijencia del precepto legal, conviene saber que hai casos en que los llamados a suceder por su propio derecho, no por derecho de representacion, no suceden *por cabezas*, esto es, no toman partes iguales en la cosa asignada; por ejemplo, si los hermanos del testador son llamados a sucederle en cierta porcion de sus bienes, cada uno de los hermanos que lo sean por parte de padre *o* de madre no lleva mas que la mitad de la cuota de cada uno de los hermanos que lo sean por parte de padre *i* de madre. Pero, a ninguno de estos casos excepcionales pertenece el de la sucesion de los parientes. Debemos, pues, prescindir totalmente de la excepcion indicada.

Aunque la lei que acabo de exponer pertenece a la sucesion *ab intestato*, es importantísima para el caso presente, porque el artículo 1064 del *Código* dispone, como hemos visto en la cuestion quinta, que lo que se deja indeterminadamente a los parientes se entiende dejado a los consanguíneos mas próximos, segun el órden de la sucesion *ab intestato*. Añade el mismo artículo que tendrá lugar el derecho de representacion en conformidad de las reglas legales. Estas reglas no conceden tal derecho, sino a la descendencia lejítima de los hijos o hermanos del testador; i como en la parentela de don Paulino Mac Kenzie no hai descendencia de hijos o hermanos suyos, es evidente que no tiene lugar en ella el derecho de representacion, i que, por consiguiente, solo es aplicable a ella el inciso 2.° del artículo 985, en que se previene que, no teniendo lugar el derecho de representacion, se divida la asignacion *por cabezas:* esta es, pues, la forma de division que corresponde a los parientes de don Paulino Mac Kenzie en la porcion a que el testamento los llama.

Sin embargo, el artículo 1064, que se remite al órden de la sucesion *ab intestato*, se aparta de este órden en un punto importante: *Salvo*, dice, *que a la fecha del testamento haya habido un solo pariente en el grado mas próximo, pues entónces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato*. Suponiendo, pues, que en el caso presente se verifique la hipótesis de esta excepcion, tanto el pariente del grado mas próximo, como los que concurran con él, deben suceder por cabezas, segun la disposicion jeneral del inciso 2.° del artículo 985, mencionado arriba.

CUESTION SÉPTIMA

«Dirijida la atencion del abogado a las *Tablas* que señalan los parientes por parte de padre i los parientes por parte de madre, se requiere que el abogado especifique cuáles de los parientes nombrados en las *Tablas* tienen derecho a la mitad del saldo remanente de la propiedad dividida entre ellos, i en qué proporcion cada pariente nombrado tiene derecho de suceder.»

Segun las *Tablas*, uno solo de los parientes del testador residentes en Escocia se halla en el grado mas próximo, es a saber, el reverendo Farquhar Mac Iver, primo hermano del testador, como nieto del abuelo materno de éste. Ana, nieta tambien del abuelo materno del testador, no se halla en el mismo caso que Farquhar, porque, segun la exposicion preliminar, casó con Norman Campbell, *ahora de Nueva York* i presumo que, siguiendo el domicilio de su marido, no debe contarse entre los parientes del testador *en Escocia*.

Como entre los parientes *en Escocia* hai uno solo en el grado mas próximo, deben concurrir con él los del grado inmediato, residentes en Escocia, es a saber, los siete hijos de Catherine, nieta del abuelo paterno del testador, designados con tinta roja entre la descendencia de dicho abuelo paterno. Estos siete individuos residen, segun la exposicion preliminar, en el norte de Escocia.

Son, pues, llamados a una mitad del saldo o remanente, segun las premisas sentadas en las cuestiones precedentes, el reverendo Farquhar Mac Iver, primo hermano del testador i los citados siete individuos, hijos de prima hermana del mismo. Como todos los ocho individuos enumerados deben suceder por cabezas, segun la disposicion jeneral del citado inciso 2.° del artículo 985, se sigue que todos los ocho individuos enumerados dividen entre sí por partes iguales una mitad del saldo o remanente.

CUESTION OCTAVA

«¿Tiene el ejecutor pleno poder por sí mismo para determinar de qué modo ha de distribuirse la mitad del remanente o saldo de la testamentaría, asignado para distribuir en limosnas entre los pobres residentes en Escocia?»

Segun el artículo 1056, inciso final, lo que en jeneral se dejare a los pobres debe aplicarse a los de la parroquia del testador. Es claro que esta disposicion no tiene cabida en el caso presente por dos razones: la primera, porque la asignacion no es a los pobres en jeneral, sino a los pobres residentes

en Escocia; i la segunda, porque el testador al tiempo de su fallecimiento no pertenecia a ninguna parroquia de Escocia. Es preciso, pues, para determinar los efectos de la asignacion atenernos a su texto literal. Si éste se entendiese en el sentido de una distribucion de mano a mano a cada uno de los pobres residentes en Escocia, las miras benéficas del testador quedarian completamente frustradas, porque a cada uno de los partícipes tocaria una partícula, por decirlo así, infinitesimal, que en nada mejoraria su condicion i el dinero invertido de este modo se disiparia i pulverizaria sin la menor utilidad sensible. Añádanse la dificultad de la distribucion; la imposibilidad moral de conocer a todos los partícipes; la necesidad de averiguar si residian o nó en Escocia al tiempo del fallecimiento del testador (averiguacion difícil, i sin embargo, inevitable, supuesto que una residencia posterior no conferia derecho alguno); i la dificultad asimismo de averiguar si la residencia era casual o fija. Si alguno de los pobres residentes en Escocia al tiempo del fallecimiento hubiese muerto ántes de la distribucion, deberian entrar en ésta los hijos i herederos de los premuertos; otra averiguacion difícil i de resultados inciertos; a todo lo cual se agrega la vaguedad de la designacion *pobres*, susceptible de diferentes grados que no sería fácil definir ni limitar. Debemos, pues, rechazar este sentido de distribucion individual de mano a mano, porque conduce a lo imposible i lo absurdo.

Examinando el tenor literal de la asignacion: *la otra mitad se repartirá en limosnas para los pobres residentes en Escocia*, observaré que en el texto ingles de la cuestion octava, se dice relativamente a la segunda mitad del remanente, *appointed to be distributed among the poor resident in Scotland;* lo cual no es una version exacta del orijinal, porque *among* no significa propiamente *para*, que es la palabra que le corresponde en el testamento, i se traduciria mejor, a mi juicio, por la palabra inglesa *for*. Sea de esto lo que fuere, naturalmente ocurre que, si el testador hubiese pensado en una distribucion individual de mano a mano, no hubiera dicho *para*, sino a o *entre los pobres*. *Para* es propiamente el fin o término

a que se encamina una accion. Pensó, pues, el testador en el beneficio que de la distribucion habria de resultar a los pobres, aunque no se hiciese inmediatamente a ellos. Pero, ¿cómo podrian llevarse a efecto las miras benéficas del testador, no habiendo él indicado la forma de la distribucion?

Lo que parece que se acercaria mas a las miras del testador, sería considerar a los pobres de Escocia colectivamente, como un gremio, o persona moral, instituida heredero en la mitad de los bienes (que, deducidos los legados i demas cargas testamentarias, es la mitad del saldo o remanente), porque, segun los artículos 951, inciso 2.°, i 954, la asignacion de que se trata es una institucion de heredero. Lo mas llano sería, pues, que el curador de la herencia yacente notificase al principal ajente diplomático o consular de su majestad británica en Santiago, la disposicion testamentaria de que se trata, para que, si su majestad lo tuviese a bien, el representante de su majestad u otro apoderado especial obtuviese del juez la percepcion i entrega; hecho lo cual, se sirviese su majestad mandar distribuir el dinero entre las instituciones i fundaciones de Escocia que tengan por objeto el socorro de los necesitados, o diese a este dinero la inversion que su majestad creyese mas conforme a la intencion caritativa del testador.

De este modo, no se haria ninguna violencia a la letra del testamento. Se llenaria solamente un vacío por medio de una autoridad tutelar competente, i la mas calificada, la mas digna de confianza, la mas a propósito para allanar dificultades, que de otra manera surjirian en perjuicio del heredero. El medio que propongo es análogo al indicado para un caso algo semejante en el artículo 1056, inciso 3.°, de nuestro *Código Civil.*

UNA CUESTION

RELATIVA AL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES

A los principios desarrollados por el señor don Eujenio Vergara en sus luminosos i eruditos discursos sobre la retroactividad de las leyes, publicados en la *Revista de ciencias i letras* (pájina 193) i en los *Anales de la Universidad* del presente año (pájina 204) adherimos sin dificultad con solo una o dos excepciones, que nos parecen de alguna importancia. La primera, i la que principalmente nos ocupará, es relativa a la interpretacion de la lei 7, título 22,* libro 4.° del *Fuero Real*, i de la lei 11 de *Toro*.

El señor Vergara cree que la lei 7 determina la forma en que debia hacerse el reconocimiento de los hijos ilejítimos para que éstos adquiriesen el estado de hijos naturales. Yo miro esta lei bajo un punto de vista diverso. No se trata allí, a mi juicio, del reconocimiento de un hijo ilejítimo, sino de *recebirle por fijo*, esto es, de lejitimarle por medio de la *adopcion*, tomándose esta palabra en el sentido del derecho romano i de la palabra sinónima *porfijamiento* en el código de las *Partidas*.

Es preciso presuponer que desde la dominacion romana

* El texto del señor Vergara dice 21; variedad que proviene del diferente órden que se ha dado a los títulos del libro 4.° en la edicion de la Real Academia de la Historia. Yo sigo el órden de la edicion de Montalvo, Madrid 1781, que creo ser la recibida en el foro.

hasta la promulgacion del *Fuero Real*, i por algun tiempo despues, era conocida en Castilla la *barraganía* con las mismas condiciones i requisitos que el concubinato de los romanos, i que, dados dichos requisitos i condiciones, los hijos procreados en esta especie de union eran reputados naturales, i en esta virtud gozaban de ciertas aptitudes i derechos sin necesidad de un reconocimiento expreso de los padres. Probada la barraganía por notoriedad o por cualesquiera medios fehacientes, entraba el hijo de barragana o el hijo natural (que eran expresiones sinónimas) en el goce de los derechos que en ciertas circunstancias le conferian las leyes.

He dicho que en la citada lei 7 no se trata del reconocimiento de un hijo natural, sino de su adopcion o porfijamiento con el objeto de lejitimarle, i esto es de lo que no deja duda todo el contenido del título 22, libro 4.°, del *Fuero Real*, que tiene por epígrafe: *De los que son recebidos por fijos*. Que *recebir por fijos* es *adoptar*, lo manifiestan las disposiciones de las cinco primeras leyes, que exijen para este acto casi las mismas circunstancias i requisitos que el derecho romano prescribia para la adopcion. En estas cinco primeras leyes, no se dice nada sobre la forma del acto, que es el asunto de las leyes 6 i 7. En éstas, el lejislador distingue dos casos: en el de la lei 6, se trata de la adopcion de una persona que no es hijo natural del adoptante, miéntras que en la lei 7, se trata de la adopcion de un hijo natural. No hai ningun motivo de creer que el lejislador hubiese querido usar en la lei 7 la frase *recebir por fijo* en diverso sentido que en todas las otras leyes del título; ántes bien, me parece que en buena lójica debe estarse a lo contrario. Las leyes 6 i 7 indican con bastante claridad que en ellas se trata de dos actos de una misma especie, que solo difieren en una relacion particular entre el adoptado i el adoptante. Así es que termina la lei 6 diciendo: *i esto entendemos de los fijos que no son naturales i son recebidos por fijos*, que es como si dijera: la fórmula precedente se aplica a los que no son hijos naturales i son adoptados, al paso que la lei 7 concluye diciendo: *i esto se entiende de los fijos naturales*, esto es, de los hijos naturales del

adoptante. No me parece dudoso que estas dos cláusulas jenerales se ilustran i determinan una a otra, i que en ambas se trata de una verdadera adopcion.

Pero ¿qué motivo, se dirá, pudo influir en el lejislador para establecer esta diferencia de fórmula? Ni puede ser mas claro: la adopcion del hijo natural le confiere el notabilísimo efecto de trasmitir a él la hidalguía del padre: *i fijo que así fuere recebido haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo.* Concurriendo el vínculo de sangre con el de la lei, adquiria el hijo adoptivo la calidad del padre, no de otro modo. Así era, a lo ménos ántes de la promulgacion de las *Partidas*, que, como se sabe, fueron publicadas i mandadas observar en las cortes de Alcalá de Henáres, el año de 1348. La lei 1.ª, título 11, *Partida* 7.ª parece haber introducido una novedad en este punto, pues declarando que desafiar pertenece señaladamente a los fijosdalgo, *e non a los otros omes*, añade por incidencia: *Fijodalgo es aquel que es nacido de padre que es fidalgo, quier lo sea la madre, quier non, solo que sea su mujer velada, o amiga que tenga conocidamente por suya.* Segun esta última frase, el hijo natural o hijo de barragana heredaba la hidalguía del padre. Pero ¿deberá prevalecer esta declaracion incidental sobre otras leyes de *Partida*, que disponen de propósito terminantemente lo contrario? La lei 2, título 13, *Partida* 4.ª dice que: *Honra con mui grand pro viene a los fijos en ser lejítimos, ca han por ende las honras de sus padres.* Asimismo la lei 3, título 15 de la misma *Partida: Daño mui grande viene a los fijos por non ser lejítimos: primeramente que non han las honras de los padres.* Con lo cual concuerda la lei 4 del mismo título, en que se establece que los hijos de barragana lejitimados *son dende adelante lejítimos, e han todas las honras e las proes que han los fijos que no son de casamiento derecho.* Para conciliar estas leyes con la 1.ª del título 11, *Partida* 7.ª, es natural suponer que en esta última no se confiere la hidalguía al hijo de barragana, sino para que le sea lícito desafiar, que es de lo que principalmente allí se trató.

Volviendo a la interpretacion de la lei 7, observaremos que

la fórmula prescrita en ella no es aplicable a la mujer que tratase de reconocer a un hijo natural suyo. Aceptando, pues, la interpretacion del señor Vergara, quedaria un notable vacío en la lei 7. Por el contrario, aceptando mi interpretacion, se veria que la fórmula de la lei 7 está en armonía con lo dispuesto en la lei 4 del mismo título, en que, por regla jeneral, se niega a la mujer la facultad de adoptar, si no es por mandato u otro otorgamiento del rei, en cuyo caso es evidente que no habria necesidad de mas solemnidad que este mismo mandato u otorgamiento. Hai otro caso excepcional en que por la misma lei se concede a la mujer la facultad de adoptar, es a saber, cuando ha perdido un hijo en servicio del rei, i es probable que entónces la mujer, para ejercer este acto válidamente, tendria solo necesidad de probar las circunstancias en que se hubiese verificado la pérdida del hijo.

La lei 5, título 6.°, libro 3.° del mismo *Fuero* establece que: *Todo home que no hobiere fijos de bendicion e quisiere recebir a alguno por fijo e heredarle en sus bienes, puédalo facer; e si por aventura despues hobiere fijos de bendicion, hereden ellos e no aquél que recibió por fijo.* I como hubiese podido dudarse si se comprendian en esta regla los hijos naturales adoptados que por el doble vínculo que los unia con el padre gozaban de ciertos privilejios, para obviar esta duda, la decide negativamente el lejislador añadiendo: *i esto mismo sea por el fijo de la barragana que fué recebido por fijo, e por heredero.*

Comparando esta lei con aquélla de que principalmente tratamos, se ve que el *Fuero Real* establece dos modos de lejitimacion para el hijo de barragana: el uno era un acto de adopcion entre vivos, i el otro un acto testamentario, en que al mismo tiempo que se recibe por hijo, esto es, adopta i lejitima al hijo natural, se le instituye heredero i se le deja una parte de los bienes. De esta manera, las dos leyes 5 i 7 están en evidente armonía entre sí, i se completan i explican con la mayor claridad.

Observaremos de paso la conformidad de la lei 4, título 15, *Partida 4.ª* con las disposiciones del *Fuero Real*, en cuanto

aquélla dispone que los hijos de barragana lejitimados *hayan todas las honras i las proes que han los hijos que nacen de casamientos derechos.*

Me parece probado que con la expresion *este es mi fijo que he de tal mujer* designa la lei 7 al hijo de barragana, que era el que propiamente se llamaba hijo natural, el cual gozaba indisputablemente de un estado legal, que podia sin duda ser puesto al abrigo de toda disputa por una declaracion del padre, pero que existia sin ella. Por consiguiente, la fórmula de la lei 7 debia significar algo mas que esta simple declaracion. Ella, en efecto, lejitimaba al hijo, le habilitaba, como se ha dicho, para suceder en la hidalguía del padre.

Otra reflexion me sujiere la expresada lei 7: ella dispone que, si aquél que ha recibido por hijo a un hijo natural en la forma que ella prescribe muriese sin testamento, le suceda ese hijo en todos sus bienes (no habiendo descendientes lejítimos) i si quisiere testar lo haga sin perjuicio del hijo recibido en dicha forma: *e si manda quisiere facer* fágala sin empescimiento *de aquel fijo que así recebió.* La edicion de la Real Academia de la Historia, dice *empiezo* en lugar de *empescimiento*, que significa lo mismo, porque una i otra palabra se derivan de *empezar*, o *empecer*, que valia tanto como parar perjuicios o daños. Por donde se ve que el hijo *así recibido* era desde entónces heredero forzoso (a falta de herederos lejítimos), i por consiguiente, hijo lejitimado.

Debe tambien tomarse en consideracion la glosa de Montalvo a las palabras *cuando ante el rei* de la lei 6 del mismo título 22, que dice así: Nota formam adoptionis, qualiter et coram quo fiet adoptio, lo que me parece enteramente aplicable a la fórmula de la lei 7, que sigue inmediatamente. Tampoco es de despreciar la glosa de esta última lei a las palabras *quien quisiere* con que ella principia, donde se establece que el hijo lejitimado en conformidad a la lei 7 recae bajo la patria potestad; todo lo cual convence el concepto en que se ha tomado hace siglos la disposicion de dicha lei. Creo que entre nosotros se habia formado el mismo concepto hasta una época harto reciente, i que, cuando nuestros tribunales fallaban sobre el

reconocimiento de un hijo natural, no solian tomar en consideracion la citada lei 7, mirándola sin duda como extraña a la cuestion.

Pasemos a la lei 11 de *Toro*. De lo que hemos dicho, se colije que esta lei no confirma en todo ni en parte, explícita ni implícitamente, la lei 7 del *Fuero Real*, segun piensa el señor don Eujenio Vergara, supuesto que ella versa sobre mui distinta materia, tratándose en el *Fuero Real* de la adopcion del hijo de la barragana i en la lei de *Toro* de simple reconocimiento de un hijo natural por el padre. La lei de *Toro* supone subsistente el consorcio de barraganía, tolerado todavía, pero tildado siempre por la opinion; pero las leyes de *Partida* habian introducido en esta materia una novedad importante, a lo ménos segun la interpretacion que dieron algunos a la lei 1.ª, título 13, *Partida* 4.ª i que puede verse en la nota 7.ª de Gregorio López a esta lei. Segun esta interpretacion, parece que se reputaba barragana aun la que no vivia bajo el mismo techo, con tal que concurriesen en ella las demas circunstancias constitutivas de esta especie de union. De aquí nacian forzosamente dudas sobre el estado de hijo natural, que era una consecuencia de la barraganía; i para dirimir estas i cualesquiera otras dudas, se dió la lei 11 de *Toro*, que por eso principia diciendo: «E por que no se pueda dubdar cuáles son hijos naturales, ordenamos etc.» Ella fija el estado de hijo natural sobre una base enteramente nueva, es a saber, el reconocimiento expreso del padre, lo cual era echar por tierra los efectos atribuidos por el derecho civil al consorcio de la barraganía.

La parte dispositiva de la lei de *Toro* se puede, en mi humilde opinion, formular de este modo: «Mandamos que se digan hijos naturales los concebidos o nacidos miéntras el padre i la madre podian contraer matrimonio válidamente sin dispensa, pero con la precisa condicion de que el padre reconozca al hijo, i esto sin embargo de que ni haya tenido la concubina en su casa, ni haya sido ésta una sola.»

El señor Vergara conceptúa que la lei de *Toro* establece dos especies de reconocimiento del hijo natural por el padre: el

uno expreso i el otro tácito, deducidos del consorcio de barragania, bastando cualquiera de los dos para dar a la prole la calidad de hijo natural; pero me atrevo a decir que este concepto se funda en una interpretacion errónea de las palabras de la lei que textualmente son estas: *puesto que no haya tenido la mujer en su casa, ni sea una sola.* El señor Vergara da a la frase *puesto que* el sentido de *siempre que*, miéntras que yo la entiendo en el sentido de *aunque* o *sin embargo de que.* No hai duda de que el uso moderno justifica hasta cierto punto la interpretacion del señor Vergara; pero el uso antiguo de la lengua se opone a ella. Así es que Antonio Gómez traduce la frase por *quamvis*, i Llámas la expone por el adverbio *aunque.* I aun no es enteramente exacto calificar de ambigua esta acepcion, pues en la última edicion del *Diccionario* de la Real Academia Española, ella es la primera con que se explica el modo adverbial *puesto que.*

Como la lei de *Toro* no prescribe ninguna forma especial de reconocimiento, ni creo que otra alguna lo haga, pues la del *Fuero Real* que se cita, es enteramente ajena de la materia, síguese que el estado de hijo natural constituido ántes de la promulgacion de nuestro *Código Civil*, pudo i puede probarse por cualesquiera medios fehacientes, salvo en cuanto nuevas leyes directa o indirectamente limiten esta facultad en la ordenacion de la lítis. No se podria, por ejemplo, segun lo concibo, aducir prueba alguna que contraviniese a lo dispuesto en el artículo 283 del *Código Civil*; i aun creo que podrian fijarse los medios de prueba admisibles, con exclusion de cualesquiera otros, providencia que se hace talvez necesaria por la excesiva vaguedad de la lei de *Toro* en lo tocante al reconocimiento paterno.

El hijo natural reconocido por su padre segun las antiguas leyes ántes de la promulgacion del *Código Civil*, entró desde entónces en posesion de un estado que por ninguna lei posterior podia ya arrebatársele; a ménos que el lejislador hubiese juzgado conveniente dar a esa lei un efecto retroactivo, expresándolo así. La filiacion natural constituida de esta manera, subsistió, pues, no obstante la promulgacion de la nueva lei

que constituye la filiacion de otro modo. Pero ¿cuáles son los derechos, cuáles las expectativas lejítimas de un hijo natural que, reconocido ántes de dicha promulgacion, conserva su estado de tal bajo el imperio del *Código?*

Segun el señor Vergara, la inmutabilidad del estado de este hijo natural, no puede invocarse para hacer valer otros derechos que los conferidos a los hijos naturales por las leyes bajo cuyos auspicios adquirieron el estado de tales, i no están, por consiguiente, a su alcance los derechos que atribuye el mismo *Código* a la filiacion natural, constituida con arreglo a sus peculiares disposiciones, es decir, constituida por instrumento público entre vivos o por acto testamentario.

Hé aquí el raciocinio del señor Vergara: las nuevas leyes pueden modificar los efectos que en adelante produzca un estado adquirido o subordinar el goce de ellos a condiciones que ántes no existian. Nadie, dice, tacharia de retroactiva una lei que, dejando al hijo lejítimo en posesion de su estado, le privase, sin embargo, del título de lejitimario o heredero forzoso de sus padres. Estos efectos futuros, dependientes del goce de un estado, no constituyen sino simples expectativas, que el lejislador puede destruir o modificar sin necesidad de que atribuya a sus disposiciones una retroactividad expresa. De este modo, aunque un hijo natural reconocido en forma bastante segun la antigua lei, pero deficiente o incompleta segun la nueva, continúa en posesion de su estado, con el goce de las relaciones de familia que ya habia adquirido, no podrá, con todo, aspirar a la participacion de derechos que una lei posterior defiera a los de su clase, siempre que exija para ello nuevas condiciones que no reune en sí mismo. Tal hijo no tendria nada que oponer a semejante resultado, pues los derechos de que se trata aun no le pertenecian; solo existian para él en calidad de meras esperanzas, las cuales podian desvanecerse a causa de mil accidentes. Si en estas circunstancias aparece una nueva lei aniquilándolas completamente o imponiendo nuevas condiciones para llegar a gozarlas, nadie podria quejarse con justicia de que se le arrebataban derechos adquiridos.

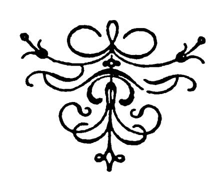
Hai ciertamente bastante plausibilidad en esas consideracio-

nes, pero me ocurren algunos escrúpulos para darles un completo asenso. No encuentro suficiente motivo para admitir que, en virtud de la promulgacion del *Código Civil*, hayan de existir en Chile dos especies de hijos naturales: los unos destituidos de todo derecho i reducidos, por consiguiente, a una completa nulidad, en que solo conservarian el nombre vano de hijos naturales, sin efecto alguno práctico; i los otros provistos de varios e importantes derechos. Porque si, como piensa el señor Vergara, la forma del reconocimiento prescrita por la nueva lei es una condicion indispensable para el goce de los derechos hereditarios que la nueva lei asigna a los hijos naturales, lo es tambien para el goce de todos los otros derechos i para la existencia de todas las obligaciones que la nueva lei confiere o impone a los hijos naturales; de que se seguiria que los reconocidos en la forma de la lei antigua quedarian degradados a la clase de los simplemente ilejítimos, i despojados completamente del estado de hijos naturales que habian adquirido ántes de promulgarse el *Código Civil*. Es cierto que el lejislador puede destruir o modificar las expectativas anexas a un estado adquirido. Pero ¿por qué no se dirá que puede tambien abrir, para el que esté en posesion de un estado, expectativas nuevas? ¿Por ventura, la nueva lei puede solo obrar desfavorablemente sobre los estados ántes de ella adquiridos i no le es dado mejorarlos? ¿Puede sobre todo anularlos completamente bajo todo punto de vista práctico? Por otra parte, ¿no es ir demasiado léjos dar el carácter de una condicion *sine qua non* a la forma del reconocimiento prescrita por la nueva lei?

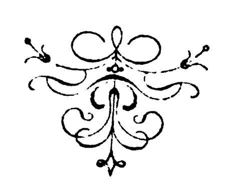
Observaré tambien que los jurisconsultos franceses, a cuya opinion parece adherirse el señor Vergara en esta parte, reconocen que el estado de las personas, una vez que se haya adquirido en conformidad a la lei, crea un derecho tan perfecto en favor de las personas que se hallan en posesion de él, que una nueva lei no podria destruirlo, a ménos que el lejislador le diese expresamente este efecto retroactivo. El estado de hijo natural adquirido en conformidad a la antigua lei, se halla manifiestamente en este caso. El *Código Civil* pudo

modificar sus expectativas, pudo ampliarlas o restrinjirlas; pero destruir el estado no pudo, salvo en el caso excepcional de una retroactividad expresa, que no aparece en el *Código*.

Las procedentes consideraciones me hacen vacilar en admitir la doctrina del señor Vergara relativa a los derechos que competan bajo el imperio del *Código Civil* al hijo natural que adquirió su estado en conformidad a la antigua lei. Yo me inclino mas bien a pensar que, bajo el imperio del *Código* forman una clase idéntica, i gozan de unos mismos derechos los hijos naturales reconocidos por auto auténtico, segun las prescripciones del *Código* i los que fueron reconocidos por cualesquiera medios en conformidad a la lei que al tiempo del reconocimiento rejia. Esto parece lo mas equitativo; i al mismo tiempo lo mas en armonía con los principios jenerales establecidos de un modo tan luminoso por el mismo ilustrado escritor.



ÍNDICE








UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - UNIV LIBS
3024336099
0 5917 3024336099